



INVIERNO 2020

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN



INVIERNO 2020

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN



STAFF EDITORIAL

DIRECTOR

Prof. Pablo Octavio Cabral • UNLP

EDITOR GENERAL

Prof. Guillermo Raúl Moreno • UNLP

EDITORES ASOCIADOS

Prof. José Ignacio López • UNLP

Prof. María del Carmen Alemán • UNLP

Prof. Rosario Echevesti • UNLP

Prof. Fernando Maitini • UNLP

Stefanía Alba Nájera • UNLP

RESPONSABLES DE SECCIONES PERMANENTES

Profs. Eduardo Baldi, Ailén Díaz, James Vértiz
Medina, Fernando Amosa, Juan Francisco Díaz
y Penélope Canónico

CORRECTOR GENERAL

Abog. José Maitini • UNLP

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

Lic. Javier F. Luna • Estudio melHibe

DIRECCIÓN DE ARTE

Prof. Nazarena Mazzarini • UNLP

DIRECCIÓN LITERARIA

Abog. María Cecilia Rita Villegas • UNLP

EQUIPO DE IDIOMAS

Abog. Sofía Sarasqueta, Abog. María Fernanda
García, Prof. Rosario Echevesti, Ing. Can F. Ozden
y Lic. Juan Cruz Vallefín

EQUIPO DE COMUNICACIÓN

Lic. Leticia Rodríguez, Lic. Carolina Cabado,
Bernardo Vázquez, Juan Cruz Galeano
y Abril Di Fonzo

ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS

Abog. Lucio Vallefín

CONSEJO EDITORIAL

Víctor Ernesto Abramovich

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Luis Hipólito Alén

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Elisabet Almeda Samaranch

Universidad de Barcelona - España

Ricardo César Andreu

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Gustavo Arballo

Universidad Nacional de La Pampa - Argentina

Grethel Arias Gayoso

Universidad de Oriente - Cuba

Natalia Lorena Barriviera

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Mauro Benente

Universidad Nacional de José C. Paz - Argentina

Homero Bibiloni

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Milay Burgos Matamoros

Universidad Autónoma de México - México

Mario F. Cámpora

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Ángel Carballal

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Franco Catalani

Universidad Nacional de La Pampa - Argentina

Alfonso Celotto

Università Degli Studi Roma Tre - Italia

Nicolás Cendoya

Universidad de la República - Uruguay

Guillermo Justo Chávez

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Rodrigo Codino

Universidad Nacional de Avellaneda - Argentina

Mario Coriolano

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Solange Delanoy

Universidad Nacional de Rosario - Argentina

Graciela de Ortuzar

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Dino Di Nella

Universidad de Barcelona - España

Jesús Antonio de la Torre Rangel

Universidad Autónoma de Aguas Calientes - México

Enrique del Percio

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Carlos Echevesti

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Leandro E. Ferreyra

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Lila García

Universidad Nacional de Mar del Plata - Argentina

Juan Martín González Moras

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Pablo Gres

Universidad Católica del Norte - Chile

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono

Universidad de Chile - Chile

Omar Heffes

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Víctor Eduardo Hortel

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Juan Bautista Justo

Universidad Nacional del Comahue - Argentina

Mariano Lovelli

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Carolina Machado Cyrillo Da Silva

Universidad Federal Do Río de Janeiro - Brasil

Andry Matilla Correa

Universidad de La Habana - Cuba

Ricardo Marcondes Martins
Pontificia Universidad Católica de San Pablo - Brasil

Juliana Paula Magalhães
Universidad de San Pablo - Brasil

Alejandro Medici
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Enrique Javier Morales
Universidad Nacional de Formosa - Argentina

Juan Orsini
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Marcelo Pepe
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Alicia Pierini
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Ana Laura Piñeiro Jardim
Universidad de la República - Uruguay

Julián Portela
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Carlos Raimundi
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Miguel Revenga Sánchez
Universidad de Cádiz - España

Gisele Ricobom
Universidad Federal de la Integración Latinoamericana - Brasil

Esteban Rodríguez Alzueta
Universidad Nacional de Quilmes - Argentina

Romina Ronda
Universidad Nacional de Cuyo - Argentina

Johanna M. Romero
Universidad de Cuenca - Ecuador

Alejandro Rosillo Martínez
Universidad Autónoma de San Luis Potosí - México

Marcelo Sain
Universidad Nacional de Quilmes - Argentina

David Sánchez Rubio
Universidad de Sevilla - España

Oscar Sarlo
Universidad de la República - Uruguay

Rodolfo Sosa
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Juan Stinco
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Natasha Suñe
Universidad Central del Ecuador - Ecuador

Antonio Carlos Wolkmer
Universidad Federal de Santa Catarina - Brasil

Alejandro González Monzón
Universidad de La Habana - Cuba

CONSEJO ACADÉMICO HONORÍFICO

Ramón Torres Molina
Universidad Nacional de La Plata

Raúl Gustavo Ferreyra
Universidad de Buenos Aires

Alicia Ruiz
Universidad de Buenos Aires

Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidad de Buenos Aires

Paulo Bonavides
Universidad Federal de Río de Janeiro
Universidad Nacional de Ceará

ILUSTRACIONES DEL PRESENTE NÚMERO / TEXTOS Y POESÍAS DE CONTRACARÁTULAS

Los/as autores/as de los poemas y las ilustraciones que acompañan este número son estudiantes del Bachillerato de Bellas Artes “Prof. Francisco A. De Santo”, dependiente de la UNLP. Las producciones publicadas fueron realizadas en el marco de los siguientes proyectos y asignaturas de la institución, con el acompañamiento de los Profesores Leonel Fernández Pinola, Roberto Pérez Escala y Gabriel Ruiz:

- “A tientas”: Proyecto de publicación y autoedición de producciones literarias, ilustraciones e historietas de estudiantes del BBA
- Historieta (5° Año ESS)
- Poética: Taller de lectura y producción de textos líricos.

Asimismo, parte del material reproducido conformó una exposición sobre Historieta Argentina que se realizó en Angoulême (Francia), dentro del Proyecto de Extensión educativa BBA-LISA (marzo 2018).

PAUTAS DE PUBLICACIÓN Y REFERATO

A los efectos de facilitar el trabajo de edición de la revista los trabajos deben ser presentados en el siguiente formato:

- Extensión en carillas: mínimo 8 y máximo 25, incluyendo citas y bibliografía.
- Letra Times New Roman, tamaño 11 para el cuerpo del texto y 10 para las citas y referencias bibliográficas.
- Las notas al pie en tamaño 10.
- Interlineado a un espacio y medio.
- Página tamaño A4, márgenes “normal”.
- Resumen del trabajo en castellano de hasta 3000 caracteres.

El sistema de referato es externo doble ciego, y el procedimiento de selección se tramitará con el sistema Open Journal Systems (<https://pkp.sfu.ca/ojs/>), el autor deberá registrarse en el Portal de Revistas Académicas de la U.N.L.P. y remitir el documento sin mención expresa a su autor/autores dentro del trabajo.

ÍNDICE

EDITORIAL	17
ENSAYOS	23
Derecho penal y criminología sociológica: integración y desintegración	25
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni (UBA, Argentina)</i>	
El tiempo y la cultura constitucional	59
<i>Peter Häberle (Universidad de Friburgo, Alemania)</i>	
Lecturas de Spinoza: hacia una torsión materialista de las prácticas jurídicas	126
<i>Juan Emilio Ortiz (Universidad Nacional de Rosario, Argentina)</i>	
Los derechos humanos como herramienta de disputa de comunidades indígenas y organizaciones campesinas frente al Estado paraguayo	166
<i>Valerio Olguin (Universidad Autónoma San Luis Potosí, México)</i>	
Por qué no deberíamos hablar de “lawfare”	191
<i>Carlos Zannini (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)</i>	
Para repensar la propiedad privada	205
<i>Claudio E. Guiñazú (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)</i>	
¿Duguit, y después? Derecho, propiedad y relaciones sociales (Trad. Claudio E. Guiñazú)	212
<i>Thomas Boccon-Gibod (Universidad Grenoble Alpes, Francia)</i>	

Los costos de la cárcel	236
<i>Fabián Bernal</i>	
<i>(Universidad Nacional de Colombia, Colombia)</i>	
El principio de insignificancia en el delito de hurto: Principales aspectos y su problemática	255
<i>Tomás Camilletti (UNLP, Argentina)</i>	
Un breve análisis en torno al uso de los tipos omisivos y la necesaria incorporación de la perspectiva de género en la aplicación de la dogmática penal	277
<i>Yael Zygelman Tale (UNLP, Argentina)</i>	
Derroteros fundamentales de la cuestión de los principios en el pensamiento jurídico occidental del siglo XX	291
<i>Alejandro González Monzón</i>	
<i>(Universidad de La Habana, Cuba)</i>	
Republicanismo y participación ciudadana en el diseño político-jurídico de la nueva Constitución de la República de Cuba de 2019	333
<i>Joana González Quevedo</i>	
<i>(Universidad de La Habana, Cuba)</i>	
Tierra abandonada. Entre la propiedad privada y la banalidad de los derechos de accesibilidad del hábitat y la ciudad	359
<i>Lorena Muños y Franco Carballo</i>	
<i>(UNLP, Argentina)</i>	
COMENTARIO A LEGISLACIÓN	395
Teletrabajo, formas de organización, problemas y desafíos. Apuntes para aportar al debate	397
<i>Carolina Moltrazio y Francisco Correa</i>	
<i>(UNLP, Argentina)</i>	

COMENTARIO A JURISPRUDENCIA	417
Vaivenes jurisprudenciales: Fumigaciones en la provincia de Entre Ríos	419
<i>Juan Ignacio Moreno (UNLP, Argentina)</i>	
La astucia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: argumentos para el rechazo o para la declaración de certeza pretendida respecto del art. 30 del Reglamento del Senado de la Nación	440
<i>Gerónimo Arias (UNLP, Argentina)</i>	
El <i>certiorari</i> positivo	456
<i>María Alejandra Perícola y Santiago Laubriat (UBA, Argentina)</i>	
TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO	491
La trata de personas: La codificación de un delito entorpecido por un lenguaje jurídico poco preciso ..	493
<i>Sofía Marina Lisé (UBA, Argentina)</i>	
INVESTIGACIONES	533
El ocio como anti derecho. Una revisión de la arquitectura económica de los derechos humanos ..	535
<i>Ana María Bonet de Viola, Yael Selene Saidler, Esteban Piva (Universidad Católica de Santa Fe, Argentina)</i>	
SECCIÓN ESPECIAL: COVID/19 Y DERECHO	555
Acuerdos de emergencia. Covid- 19 y mujeres en cárceles federales	557
<i>John A. Carlín Sánchez y Verónica Susana Trillo (UBA, Argentina)</i>	

Vigilancia voluntaria y racionalidad excepcional. Hacia la pandemización de las sociedades de control .	581
<i>Juan Pablo Ciudad Pérez</i> <i>(Universidad Santiago de Chile, Chile)</i>	
El rol de los y las juristas frente a las prisiones y el COVID-19	603
<i>Gabriela Gusi (UBA, Argentina)</i>	
Feminismos jurídicos y pluriculturalidad: Ensayando una visión en tiempos de pandemia	625
<i>Erika Silvina Bauger (UNLP, Argentina)</i>	
SECCIÓN ESPECIAL: DERECHO CRÍTICO	679
La violencia institucional como violencia de género: El espectáculo mediático y el caso irlandés	681
<i>José Maitini (UNLP, Argentina) y Jessica Belén</i> <i>Gizzi (Universidad Siglo XXI, Argentina)</i>	
Ser o no ser. Reina Maraz ante la (in) justicia	690
<i>Paola Colombaro (UBA, Argentina)</i>	
Mujeres responsables: Aportes para reflexionar acerca de la carga sexista del discurso jurídico de la responsabilidad	714
<i>Juan Martín Almejún</i> <i>(Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina)</i>	
Figuras de lo popular: el factor plebeyo y la democracia en la evocación de la política antigua . . .	731
<i>Marcos Olalla</i> <i>(Universidad Nacional de Cuyo, Argentina)</i>	
Vigencia y potencia de la teoría crítica del derecho . .	756
<i>Rodrigo Calderón Astete</i> <i>(Universidad Pablo de Olavide, España)</i>	

SECCIÓN ESPECIAL: PUEBLOS SIN ESTADO	785
Más allá del pluralismo jurídico indígena	787
<i>Juan Manuel Salgado Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, Argentina)</i>	
Pueblos sin estado y sus luchas históricas en el contexto de la periferia europea y el Mediterráneo . .	807
<i>Aritz García Gomiz (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España)</i>	
Entrevista a Pillankuse Petrona Piciñam	829
<i>Pety Piciñam (Confederación Mapuce, Neuquén) Victoria Ibáñez (Universidad Nacional de Río Negro, Argentina)</i>	
ENTREVISTAS	853
Entrevista a Evo Morales Ayma, Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia	855
<i>Penélope Canónico, Carolina Cabado, Juan Cruz Galeano, Bernardo Vázquez, Guillermo Raúl Moreno y Pablo Octavio Cabral (UNLP, Argentina)</i>	
MATERIAL DE CÁTEDRA	865
Introducción al estudio de la Historia Constitucional	867
<i>Guillermo Raúl Moreno (UNLP, Argentina)</i>	
DISCURSOS QUE HICIERON HISTORIA	899
Apreciaciones sobre el último discurso de Evita	901
<i>Ailén Díaz (UNLP, Argentina)</i>	
Exposición ante el Tribunal Supremo del Estado Plurinacional de Bolivia	908
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni (UBA, Argentina)</i>	

EDITORIAL

'el
ETERNAU
TA.'



allí donde algunos dicen
que se hace bella la vida
florece una primavera
y arden los corazones
de les que sufren injusticia.

allí donde todo
se entibiece día y noche
florece el fuego que quema
todo
y lo destruye
y lo vuelve a armar
quemando calor
quemando cada vez más fuego

allí donde apostarán
siempre al olvido
se mantendrá
prendido por siempre
un fuego mutable
y eterno.

allí donde no quieren que
pisemos
pisará fuerte con nosotres
el fuego que ardió ayer
panchito que arde hoy
maría claudia arderá por
siempre.

y mientras avanza implacable
el fuego
a los costados ladrarán sabuesos
y mientras el fuego lo queme
todo
y lo arme con fuego a su paso
los sabuesos nos dirán
que cabalgamos.

Autor: *Mateo Serrichio*

EDITORIAL

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678 / e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 19-22

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e414>

Presentamos la edición invierno de 2020, dándole la bienvenida a nuestras lectoras y lectores al número 16 de ReDeA, con las renovadas ganas de compartir con ustedes algunos sucesos jurídicos y sociales que, a nuestro entender, resultan importantes y han sucedido en los últimos tres meses en la Argentina, la región y nuestra querida Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

La pandemia del Coronavirus (COVID-19) continúa marcando el ritmo de nuestras vidas, atentos a la espera de las vacunas y acompañando la mayoría de la sociedad los esfuerzos del Estado para proteger la salud de la población, a través de medidas de acción positiva tanto en el ámbito sanitario como en el aspecto económico.

En dicho marco complejo, nuestra Facultad continúa brindando la educación a sus estudiantes, adaptando las modalidades pedagógicas a la virtualidad, al igual que lo hizo la estructura administrativa y política de nuestra universidad.

Así, en la última sesión del Honorable Consejo Directivo de nuestra Facultad, en un hecho histórico, se votó por unanimidad la creación de la “Comisión asesora para personas con discapacidad”, a partir de un proyecto elaborado por la consejera Natalia L. Barriviera y el profesor Víctor J. Barraza. La iniciativa se enmarca en la firme decisión de las autoridades de la Alta Casa de Estudio y los distintos claustros representados en el Cuerpo deliberativo en generar las condiciones necesarias para una educación de excelencia e inclusiva. De esta manera se intenta promover una facultad que pueda integrar en igualdad

de trato y oportunidades a todas las personas con diversas discapacidades en su condición de estudiantes, docentes, investigadores, extensionistas, nodocentes, graduados, graduadas y visitantes que puedan asistir a actividades académicas recreativas y de otra índole destinadas a la vida universitaria y abiertas a la comunidad en general.

La propuesta, que fue recibida con beneplácito por toda la comunidad universitaria, se encuentra en consonancia de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino a partir de la aprobación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) mediante la ley Nº 26.378 y con jerarquía constitucional a partir de la sanción de ley 27044. De esta forma, los Estados parte reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades. De allí que nuestro país, en función de lo establecido en la Convención, debe asegurar un sistema de educación inclusivo en todos los niveles, que permita el desarrollo pleno del potencial humano y la dignidad a toda persona por el hecho de serlo.

La Comisión asesora recientemente creada estará integrada por tres docentes, un jefe de trabajos prácticos, dos estudiantes, un nodocente y un graduado. Todos sus integrantes deberán portar una discapacidad o estar relacionados directa o indirectamente con la temática. Serán designados por el Consejo Directivo a propuesta del Sr. decano y durarán cuatro años en sus funciones. Entre sus objetivos generales se encuentran el de crear espacios de diálogo y reflexión en torno a la accesibilidad para lograr una facultad más inclusiva, promover conciencia destinada a erradicar la discriminación y prejuicios en la vida universitaria y propender a la accesibilidad académica. Sin dudas será un paso importante para lograr una mayor integración en nuestras aulas. Desde nuestra publicación auguramos los mejores éxitos a la Comisión Asesora en los desafíos que ya comienza a transitar.

Antes de cerrar esta presentación, queremos presentar la creación de la Sección Especial sobre Fondo Monetario Internacional y derechos humanos, que verá la luz en próximos

números, a cargo de los profesores (Editores responsables): Juan Pablo Bohoslavsky y Francisco Cantamutto.

Compartimos aquí las palabras de convocatoria a presentar artículos para dicha sección:

En junio de 2018 la Argentina firmó un acuerdo Stand By con el Fondo Monetario Internacional (FMI). Ya en 2016 el organismo había retornado al país para realizar las revisiones macroeconómicas que aplica a todos los Estados miembro. El acuerdo firmado por el gobierno, ampliado en octubre de 2018, habilitó al envío de fondos por de USD 57 mil millones, de los cuales se llegaron a girar USD 44 mil millones. Éste constituye uno de los préstamos más voluminosos que haya otorgado el FMI a un cliente estatal. Junto al endeudamiento con el sector privado, esta deuda multilateral explica el crecimiento exponencial de la deuda pública del país de los últimos años.

Septiembre de 2020 signó dos novedades importantes en el plano financiero del país: la aprobación de la reestructuración de la deuda con acreedores privados y el inicio de negociaciones con el FMI. Mientras aún no se conocen los términos de la negociación ni las reformas a las que el organismo condicionará la reprogramación de los pagos, la política consistente que ha desplegado el FMI en sus relaciones con los Estados deudores es la consecución a rajatabla de objetivos fiscales de corto plazo. Este enfoque monetarista y fiscal ortodoxo, al erosionar el espacio fiscal y el margen de maniobra regulatoria de los Estados, ha llevado en numerosos países a la violación de derechos humanos, especialmente derechos económicos y sociales. ¿Qué sucederá esta vez en Argentina? ¿La pandemia forzará a cambiar de algún modo los criterios económicos y jurídicos a aplicarse en la negociación con el FMI? ¿Los derechos humanos serán puestos en un plano prominente? ¿Cuáles son los estándares de derechos humanos pertinentes? ¿Qué reformas económicas pro-derechos humanos podrían y deberían implementarse?

Con el fin de conformar una Sección Especial en el primer número de 2021 de la Redea, invitamos a enviar artículos explorando la relación entre el FMI y los derechos humanos.

Alentamos la propuesta de artículos que realicen estudios interdisciplinarios y con un enfoque de derechos. Sin intentar proponer un listado exhaustivo de posibles temas, además de las preguntas listadas en párrafo anterior, aquí se proponen algunos tópicos: ajuste y consolidación fiscal, reforma laboral, control de capitales, privatizaciones, reforma previsional, régimen tributario, condicionalidades y derechos humanos, democracia y FMI, transparencia y participación ciudadana, desigualdades, y perspectiva de género e IFIs.

Se deberán enviar abstracts de los artículos propuestos antes del **15 de diciembre de 2020**. Se informarán los abstracts seleccionados antes del 31 de diciembre, siendo la fecha de envío de los artículos completos el **28 de febrero de 2021**. Las contribuciones serán sometidas al proceso de evaluación de pares en formato anónimo, de acuerdo a las normas editoriales de la revista.¹

En estos últimos meses nuestra publicación fue incorporada en los siguientes sitios de indexación de revistas científicas: DRJI (Directory of Research Journals Indexing); Cite Factor (Academic Scientific Journals) y WordCat.

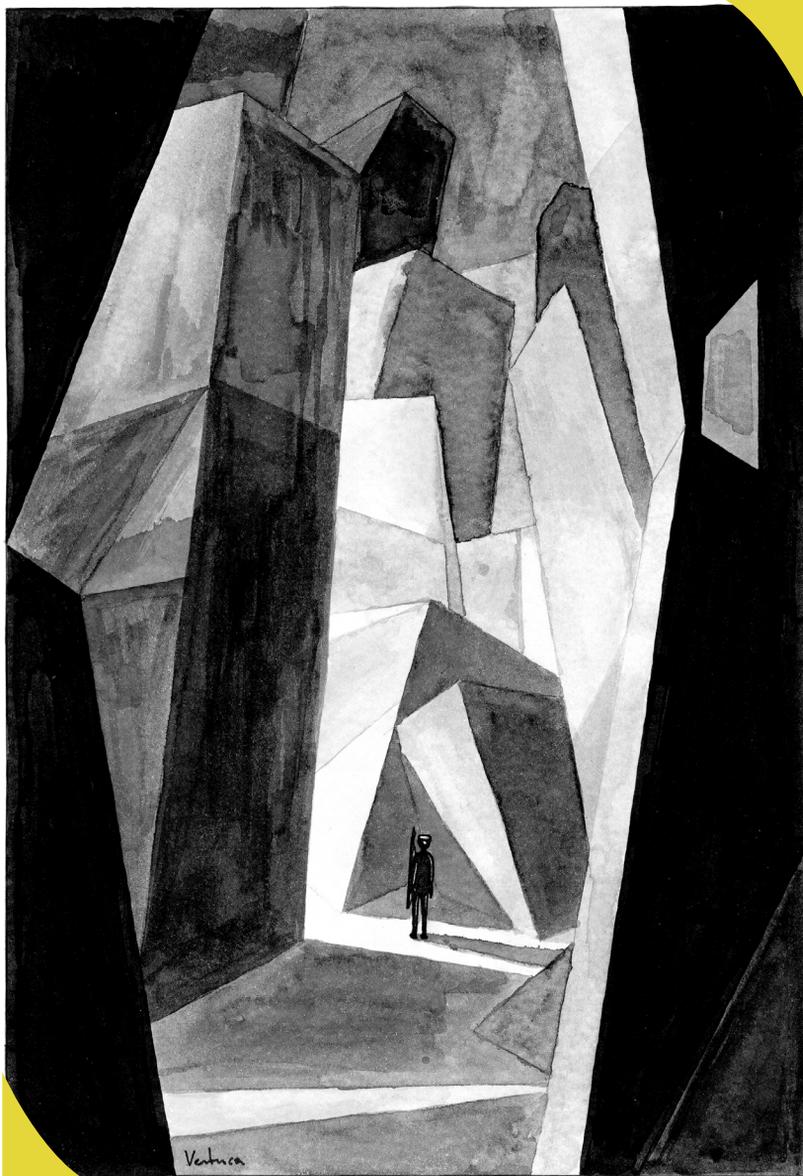
Finalmente, queremos darle la bienvenida al Consejo Editorial de nuestra revista al profesor cubano Alejandro González Monzón, quién es licenciado en Derecho por la Universidad de La Habana (2017). Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Profesor de la Escuela de Formación Judicial del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba. Juez de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de la Habana.

Como siempre, nos despedimos hasta el próximo número (17), correspondiente a la primavera 2020, que saldrá a la luz el 21 de diciembre.

STAFF EDITORIAL

¹ Más información y requisitos: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/about/submissions>. Correos de contacto: juanpablohohos@gmail.com y fcantamutto@iiess-conicet.gob.ar.

ENSAYOS



las pistas de carreras
están gastadas por las gotas
que vertiginosa | mente
resbalan

la incompetencia
que manejan

pero prefiero
no preguntar
y quedarme con la duda

porque después de todo
estas mordidas
| cicatrices |
que de a poco
| y dientes |
se formaron adentro mío,

por tu rostro.

es ilegible.

| aunque
| me coma
| por dentro

tan sólo lograron
ser atajos.

Autora: *Camila Finke*

Ilustración de portada: *Ventura Gil*

Derecho penal y criminología sociológica: integración y desintegración¹

***Criminal law and sociological criminology:
integration and disintegration***

***Direito penal e criminologia sociológica:
integração e desintegração***

***Droit pénal et criminologie sociologique:
intégration et désintégration***

刑法与社会学犯罪学:整合与瓦解

E. Raúl Zaffaroni²

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 25-58

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e415>

Recibido: 01/08/2020

Aprobado: 01/09/2020

¹ Las notas del presente artículo son en su mayoría explicativas, con pocas indicaciones bibliográficas. Una bibliografía completa excedería el marco de unas breves páginas y obligaría a reiterar la que indicamos en diferentes obras. En particular, se hallará en las siguientes, a las que en este sentido remitimos: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, EDIAR, Buenos Aires, 1980-1983; *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1989; *Derecho Penal. Parte General* (con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar), EDIAR, Bs. As., 2002; *Crímenes de masa*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2010; *La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología cautelar*, EDIAR, Buenos Aires, 2011; *Doctrina Penal Nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; *Friedrich Spee: el padre de la criminología crítica*, estudio preliminar a la "Cautio Criminalis", EDIAR, Buenos Aires, 2017; *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero* (con Ilison Dias dos Santos), EDIAR, Buenos Aires, 2019.

² Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires.

Resumen: El derecho penal tiene en sí un proyecto de jurisprudencia orientado a construir elementos para la decisión judicial, pero las distintas imágenes y concepciones de la finalidad y funciones del castigo (presentes en la “teoría de la pena”) constitutivas de una anomalía en la ciencia jurídica. Desde que concluyó el mundo bipolar la teoría social vigente hasta ese momento, ha quedado con poca utilidad a causa de una nueva fase superior del poder planetario: el “totalitarismo financiero” que avanzó sobre el poder político asumiendo formas de macrocriminalidad y profundizando la selectividad punitiva de los sectores vulnerables, con una preocupante plurifuncionalidad amplificante. En este contexto resulta necesaria una nueva crítica sociológica y criminológica al actual marco de poder. La ciencia penal debe retomar el onticismo representado en el saber jurídico penal por las estructuras óntico objetivas welzelianas, a fin de salir del idealismo que ha producido un resquebrajamiento entre el “ser” y el “deber ser”, y captar la esencia mutable del poder que se debe limitar a través de los datos de la realidad.

Palabras clave: Derecho Penal, Poder Punitivo, Nueva Criminología Crítica, Totalitarismo Financiero, Criminología Sociológica.

Abstract: Criminal law itself has a jurisprudence project aimed at constructing elements for judicial decision, but the different representations and conceptions of the purpose and functions of punishment (present in the “theory of punishment”) establish an anomaly in legal science. Since the end of the bipolar world, the social theory in force until that moment has been of little use because of a new phase of planetary power: “financial totalitarianism” that advanced on political power assuming forms of macro-criminality and deepening punitive selectivity of vulnerable sectors, with a worryingly amplifying multi-functionality. In this context, a new sociological and criminological review of the current framework of power is necessary. Criminal science must return to the onticism represented in criminal legal knowledge by Welzelian objective ontic structures, in order to get out of the idealism that has produced a breakdown between “being” and “should be”, in view of the mutable essence of power that must be limited through the data of reality.

Keywords: Criminal Law, Punitive Power, New Criminology, Financial Totalitarianism, Sociological Criminology.

Resumo: O próprio direito penal possui um projeto de jurisprudência que visa construir elementos para a decisão judicial, mas as diferentes imagens e concepções sobre a finalidade e as funções da pena (presentes na “teoria da pena”) constituem uma anomalia em ciência jurídica. Desde o fim do mundo bipolar, a teoria social vigente até aquele momento tem sido de pouco uso por causa de uma nova fase superior do poder planetário: o “totalitarismo financeiro” que avançou no poder político assumindo formas de macrocriminalidade e aprofundando a seletividade punitiva setores vulneráveis, com uma multifuncionalidade preocupantemente amplificadora. Nesse contexto, uma nova crítica sociológica e criminológica ao quadro atual de poder é necessária. A ciência criminal deve retornar ao onticismo representado no conhecimento jurídico penal pelas estruturas ônticas objetivas Welzelianas, para sair do idealismo que produziu uma ruptura entre o “ser” e o “deveria ser”, e apreender a essência mutável do poder. que deve ser limitado pelos dados da realidade.

Palavras-chave: Direito Penal, Poder punitivo, Nova Criminologia Crítica, Totalitarismo Financeiro, Criminologia Sociológica

Résumé: Le droit pénal lui-même a un projet de jurisprudence visant à construire des éléments de décision judiciaire, mais les différentes images et conceptions du but et des fonctions de la peine (présentes dans la «théorie de la punition») constituent une anomalie dans science juridique. Depuis la fin du monde bipolaire, la théorie sociale en vigueur jusqu'à ce moment a été peu utile en raison d'une nouvelle phase supérieure du pouvoir planétaire: le «totalitarisme financier» qui a avancé sur le pouvoir politique en assumant des formes de macro-criminalité et en approfondissant la sélectivité punitive de secteurs vulnérables, avec une multifonctionnalité qui s'amplifie de manière inquiétante. Dans ce contexte, une nouvelle critique sociologique et criminologique de la situation actuel du pouvoir est nécessaire. La science criminelle doit revenir à l'onticisme représenté dans la connaissance juridique criminelle par les structures ontiques objectives welzeliennes, afin de sortir de l'idéalisme qui a produit une rupture entre «être» et «devrait être», et saisir l'essence mutable du pouvoir cela doit être limité par les données de la réalité.

Mot-clés: droit pénal, pouvoir punitif, nouvelle criminologie critique, totalitarisme financier, criminologie sociologique.

摘要: 司法, 司法和司法的司法解释, 终审法院和刑事诉讼法院的宪法解释(代表“墨西哥教廷”的宪法)朱里迪卡. 在两极社会中进行紧急活动的人, 必须在一个新的理由中使用上一个星球: 在“总金融”中, 要在政治上进行选择. 易受伤害的弱势群体, 包括先发制人. 从实际的角度来看, 实际的犯罪事实和犯罪事实之间的必然联系. 法西斯半岛刑法改革与刑事司法组织, 理想主义政治经济学的最终产物, “塞维利亚”和“穆德伯塞尔”被重新封印, 卡普尔—德拉佩尔西亚魁北克德贝斯限流域. 在这种情况下, 有必要对当前权力框架进行新的社会学和犯罪学批评. 犯罪学必须以客观的本体结构“welzelianas” (韦尔泽) 重新获得以刑事法律知识为代表的本体论, 以便摆脱造成“存在”与“应当”之间破裂的理想主义, 并抓住可变的本质必须通过现实的数据来限制的力量.

关键字: 刑法, 惩罚性权力, 新批判犯罪学, 金融极权主义, 社会学犯罪学

I. La ciencia penal como anomalía jurídica

En general, cada rama del derecho reconoce las funciones de sus respectivas sanciones, sin mayores disidencias entre sus cultores, que pueden disentir sobre su buen o mal uso, pero no sobre la *naturaleza y función* de ellas.

Pero entre los penalistas no existe acuerdo al respecto. Ninguna otra materia jurídica ostenta un abanico de opiniones respecto de la función de su sanción similar a nuestro cuadro de *teorías de la pena*³, por lo que es tiempo de reconocer que se trata de una *anomalía jurídica*.

Sabemos que el ejercicio del poder punitivo *sirve para algo* y -si dejamos de lado los libros- intuimos sus muy diferentes y múltiples consecuencias, imposibles de reconocer en totalidad. A veces es posible percibir que, en ciertos conflictos, desempeña alguna de las funciones teorizadas en el cuadro de *teorías de la pena*, pero en otros sería absurdo asignarle el mismo cometido.

³ El cuadro que se reitera con ligeras variantes hasta el presente, fue expuesto en 1830 por Anton Bauer, *La teoría de la advertencia y una exposición y evaluación de todas las teorías del Derecho Penal*, EDIAR, Buenos Aires, 2019.

Por eso, cada penalista parte de *cómo cree que debiera ser* la función y el objeto o fin de la pena y, según esa elección subjetiva, justifica y legitima cierta medida de ejercicio del poder punitivo. Cada penalista dice: *la pena debería cumplir esta función y, por ende, la legitimo en la medida en que la cumpla y construyo mi teoría jurídica (sistema) a partir de esta premisa.*

Así, según lo que cada uno crea a este respecto, puede elaborar una doctrina penal que legitime al poder punitivo casi ilimitadamente (penalistas *horripilantes*), que lo limite en gran medida (penalistas *garantistas*) o que deambule por puntos intermedios (penalistas *indecisos*). Quien se atreva a entrar en esa selva será desconcertado por una eterna discusión entre los tres, con frecuencia vehemente y agresiva.

El *drama de la ciencia jurídico penal* es que sus *sistemas interpretativos de la ley* no son un *art pour l'art*, puesto que se dirigen a los operadores jurídicos, aspirando a que éstos los conviertan en sentencias que habiliten poder punitivo, que no se ejerce en la sociedad en la forma que cada penalista imagina que *debiera ser*, sino en la que muestran los datos sociales, cumpliendo funciones que muchas veces ni sospechamos. De cualquier forma, la ciencia jurídico penal no deja de cumplir su *función práctica*, surte efectos sobre los operadores jurídicos y, entre ellos, los de *buena fe* se desconciertan, en tanto que los de *mala fe* escogen el sistema que más conviene para manipular la habilitación del poder punitivo en forma arbitraria.

Para colmo, la *criminología mediática*⁴, mediante su *creación de realidad falsa pero única* en la región⁵, expande insólitamente una función que en algunos casos cumple el poder punitivo: la *canalización de venganza*⁶.

⁴ Sobre este concepto, nuestro libro. *La palabra de los muertos*, EDIAR, Bs. As., 2011, pp. 365 y ss.

⁵ En toda la región la ciudadanía es manipulada por monopolios mediáticos en consonancia con el actual totalitarismo financiero transnacional, que suplantando funcionalmente a los partidos políticos, desempeñándose como partidos únicos.

⁶ Sobre esta función es importante el desarrollo en René Girard, *La violence et le sacré*, Grasset, París, 1972.

Conforme a la idea lineal del tiempo de nuestra civilización, es imposible eliminar la venganza⁷. Pero esa *pulsión vindicativa* que el poder punitivo *canaliza* -y que es *civilizatoriamente normal* en casos de delitos aberrantes-, la criminología mediática, mediante la *invención de una nebulosa idea del delincuente como siempre homicida y violador*, crea una categoría aplicable a todos los sometidos al poder punitivo: según esta *realidad mediática*, en la cárcel sólo habría homicidas y violadores y, además, todos los victimizados por las policías latinoamericanas (ejecuciones sin proceso) también serían únicamente esos psicópatas.

Como la venganza es irracional, admitirla en una civilización que *presume de racional*⁸ resulta *vergonzante*. Por eso, las teorías ordenadas por Bauer en 1830 también -desde esta perspectiva- son todas *tentativas de ocultar la venganza* mediante supuestos fines racionales. Se trata de una *neurosis civilizatoria* que provoca una reacción análoga al rechazo al inconsciente freudiano: *somos racionales*, aunque sepamos que no lo somos.

La *criminología mediática*, al difundir la *fake new* del poder punitivo reservado a homicidas y violadores, también pretende ocultar la venganza, aunque su ambivalencia resulte tan neurótica como la de un exhibicionista pudoroso. Para disimular su desmedida apelación a la venganza, asigna al poder punitivo un supuesto *efecto disuasorio desnudo*, diferente al de toda la restante coerción jurídica.

Es obvio que toda la coerción jurídica cumple una función disuasoria configuradora de la sociedad, pero siempre a través de los fines específicos de sus sanciones: así, la coerción civil

⁷ En civilizaciones con tiempo circular, ondulante o puntual sería posible, pero en la nuestra es imposible concebir que *lo que pasó no haya pasado*. Nietzsche en *Also sprach Zarathustra* lo dice muy claramente: cuando Zarathustra se libera, lo hace del tiempo lineal y, por ende, de la venganza, que es *contra el tiempo*. Esta es la gran dificultad que el abolicionismo no suele tomar en cuenta.

⁸ En realidad, nuestra civilización tiende a manejar un concepto meramente *funcional* de razón, que poco tiene en común con las concepciones más metafísicas.

nos disuade de violar un contrato, pero a través de una sanción con función reparadora, a diferencia de la disuasión del poder punitivo, que se pretende *desnuda* de toda otra función.

La versión *völkisch* –*populachera* mediática-, para disimular pudorosamente su descarada apelación a la venganza, da por descontado el efecto disuasorio de las penas en hechos gravísimos, cuando precisamente en esos casos es evidente que no lo tiene, porque los crímenes más horripilantes son los más cercanos a conductas psicopáticas y, por ende, éstos son sobre las que menos posibilidades existen de disuasión mediante coerción jurídica⁹.

II. Las legitimaciones según la imagería social penalística

La *fantasía penalística*, empeñada en *imaginar cómo debería ser* el poder punitivo, se traduce en una riquísima *imagería social*, que lleva casi un milenio de esfuerzos que, como todo lo humano, tiene límites y, por consiguiente, no puede evitar caer en reiteraciones.

La creatividad de los penalistas se dividió en dos grandes corrientes troncales por las que imaginaron *cómo debería ser* el poder punitivo y, por ende, sus respectivos límites: (a) unos imaginaron que debía recaer sobre seres *más o menos iguales y libres*, como *retribución* del daño causado por el mal uso de su libertad; (b) mientras para otros, recaería sobre *seres humanos inferiores y determinados al mal*, para neutralizar posibles males futuros.

La primera corriente imaginativa se subdividió (a) entre quienes acabaron imaginando que el poder punitivo *debería ser la indemnización* por la violación de un metafórico *contrato social* y, (b) quienes, sabiendo que los seres libres con

⁹ El supuesto efecto disuasorio en delitos muy graves se inventa conforme a una antropología aberrante, que fantasea que un asesino serial o cualquier otro cercano a la psicopatía, antes de cometer sus crímenes, consulta el código penal como si fuese una lista de precios. Se trata de una versión extrema del *homo economicus*, que directamente raya en el ridículo.

determinables, imaginaron que el poder punitivo debería tener esa función. (c) Por supuesto que entre ambas surgieron todo tipo de combinaciones¹⁰.

Los primeros (a) imaginaron *el deber ser del poder punitivo* sobre bases metafísicas. Comenzaron creyendo que debía ser una *retribución* para *expiación* del pecado, para desplazarse al campo laico como *reparación* por violación del metafórico contrato social. Esta línea se inició con los *glosadores* y *postglosadores*¹¹ y alcanzó su más alto vuelo con el criticismo kantiano¹².

(b) Los segundos partieron del empirismo e imaginaron un poder punitivo con la función práctica de *determinar a seres determinables*, conforme a *castigos* y *premios*, en procura de la mayor felicidad de todos. Su expresión más pura fue el *pragmatismo* de Bentham¹³.

La segunda corriente troncal (b) que imagina un poder punitivo destinado a ejercerse sobre seres inferiores, reconoce bases *románticas*¹⁴, subdividiéndose entre (a) *idealistas* y (b) *pretendidos empíricos*.

(a) Los *idealistas* clasificaron a los humanos entre *libres* y no libres, reservando la pena para los últimos, como Hegel¹⁵, o bien imaginaron que el poder punitivo debía cumplir una función de mejoramiento moral respecto de quienes se

¹⁰ Obedece a que en el iluminismo convergieron ambas corrientes, es decir, la metafísica y la empírica.

¹¹ Es lo que se conoce como *recepción del derecho romano*. Estos primeros penalistas trabajaban a partir de los *Libris terribilis* del Digesto, pero también recibían la influencia de la filosofía griega.

¹² Dentro del *criticismo*, Feuerbach se apartó de Kant con su teoría de la coerción psíquica o psicológica, resultado de su diferente fundamento de la separación entre moral y derecho.

¹³ Influyó en el pensamiento posrevolucionario francés y en el código de Napoleón.

¹⁴ Entendemos por tal el pensamiento que, a partir de cierta intuición o visión general, procura principios infinitos.

¹⁵ El hegelianismo penal limita la pena a quienes alcanzan la autoconciencia; a los otros les niega la capacidad de actuar con relevancia jurídica (colonizados, inimputables, multi-reincidentes, etc.).

atrasaban en el proceso universal de fraternidad cósmica, como los krausistas¹⁶.

(b) Los *pretendidos empíricos*¹⁷ inventaron una *etiología criminal debida a inferioridad biológica* y se centraron en el *peligro*¹⁸ de futuros males causados por los inferiores, a quienes el poder punitivo debería neutralizar o eliminar, para evitar la contaminación del pecado (mujeres estructuralmente inferiores para los *demonólogos*¹⁹); para eliminar las células infecciosas no evolucionadas del organismo social (criminales *natos* y *colonizados* para los *positivistas* del siglo XIX)²⁰ o para preservar la pureza de la raza aria superior evitando su involución (*arios degenerados*²¹ para los nazis)²².

III. ¿Qué se discute cuando se discuten las legitimaciones del poder punitivo?

¿Qué son todas estas creaciones *imaginarias de la fantasía penalística* que llevan a que *cada uno crea que el ejercicio del poder punitivo deba servir a distintos fines*? Cada una de estos productos de la imaginación se concreta en una *imagen de la*

¹⁶ Da lugar a la teoría *correccionalista* o del *mejoramiento* (*Besserungstheorie*) de Röder, que tuvo acogida en España (por ejemplo, Concepción Arenal) y con la que disputó Carrara, quien por razones cronológicas nunca discutió con los positivistas.

¹⁷ El *empirismo* de los positivistas era falso, pues nadie puede probar el organicismo social, sin contar con las ridículas afirmaciones de Spencer y su racismo antropológico.

¹⁸ En razón de la *peligrosidad*, en realidad se penan eventuales delitos futuros, no cometidos y ni siquiera pensados, en tanto que el realmente cometido tiene sólo un valor sintomático.

¹⁹ La brujería implicaba un pacto con Satán, que sólo podían consagrarlo humanos inferiores en fe, moral e inteligencia, que serían las mujeres.

²⁰ Los *criminales natos* tenían para Lombroso características *mogoloides* o *africanoides*.

²¹ El poder punitivo nazi se reservaba a los *arios*, los judíos y gitanos fueron eliminados en virtud de derecho administrativo policial.

²² La *degeneración* era un concepto que provenía de la psiquiatría de Morel, se aplicaba —entre otros— a los mestizos, lo que sostuvo hasta entrado el siglo XX la escuela psiquiátrica de Argel. En Latinoamérica, la *degeneración* de mulatos y mestizos, fue sostenida en la criminología biológica, expresamente por Raimundo Nina Rodrigues, considerado como fundador de la criminología brasileña.

sociedad (imaginería social) que, de ser coherente, demanda un *proyecto de estado* que la configure, o sea que, en último análisis, los penalistas están discutiendo *modelos de estado*.

Según que el penalista asuma la *actitud subjetiva* de *horripilante* o *garantista*, legitimará más o menos ejercicio del poder punitivo y, por ende, también la sociedad y el modelo de estado que la configura, compatible con el mayor o menor ámbito de ejercicio de ese poder. Es claro que esta discusión corresponde al *núcleo más central de toda discusión política*, materia en la que *es imposible lograr un general consenso*.

Pero, además, los discursos legitimantes del poder punitivo parecen partir de alucinaciones o de ensoñaciones porque, al menos los penalistas *garantistas*, suelen imaginar un modelo de estado del que *deducen* la función de la pena, pero dan por existente el estado imaginado, o sea, la legitimación se basa en una *alucinación*. En el caso de los penalistas *horripilantes*, por lo general, se opta por reconocer que el estado existente o postulado no es ideal, sino transitorio, que permitiría el paso al ideal estado futuro, o sea una *ensoñación*²³.

Pese a que toda esta discusión hace al *Kernel* de la cuestión política, la ciencia jurídico penal no parece ser consciente de su naturaleza. Contribuyen a ocultarla los *indecisos*, que suelen elegir varios fines del abanico de las teorías de la pena, para combinarlos –o amontonarlos–, como si de la acumulación de errores pudiese surgir la verdad²⁴, como también los incoherentes, de corta capacidad imaginativa, que les impide llevarla hasta el final. Estas y otras contradicciones acaban creando un ensordecedor *barullo ideológico*.

Por cierto, no cabe duda que los cultores del derecho constitucional y político se hallan en el mismo tembladeral, *pero la*

²³ Sea la *Ciudad de Dios*, una vez vencidas las socias de Satán, el *estado racial puro* de los arios germánicos, una vez eliminados los degenerados, el *comunismo* después de la dictadura del proletariado, el *derrame de riqueza* después de la concentración, etc.

²⁴ Esta observación acerca de las llamadas *teorías mixtas o combinatorias*, la formula, Anton Bauer en op. cit. Obsérvese, además, que la combinación de teorías habilita la arbitrariedad, pues posibilita al juez elegir la más conveniente para una mayor o menor penalidad.

diferencia finca en que lo saben y, por ende, se hacen cargo del material que manejan, pero a quien se asoma a la ciencia penal y se le muestra el *cuadro de las teorías de la pena* como algo limitado a ésta, se le oculta que *se sumerge en el tema central de la discusión política* y, por ende, a la vez que el *barullo ideológico* lo aturde, no comprende la naturaleza del *aquelarre* que vivencia.

IV. La criminología etiológica y la ciencia penal

La variable (b) de la segunda gran corriente de la imaginaria social penalística (b), es decir, los pretendidos empíricos que legitimaban el poder punitivo en la supuesta necesidad de neutralizar futuros males por parte de los inferiores (*peligrosidad*), fue inaugurada por los *demonólogos misóginos (primera criminología etiológica)*²⁵, pero en su variable evolucionista (inferiores por no evolucionados) renació en la segunda mitad del siglo XIX, no contra las mujeres²⁶, sino contra los europeos marginados del sistema productivo²⁷ y los colonizados²⁸.

Esta *segunda demonología* fue admitida en las academias, al comienzo con el nombre de *antropología criminal*, porque se enmarcaba en la antropología colonialista racista (Spencer)²⁹ que, con pretensión de ciencia natural, empírica y *evolucionista*,

²⁵ La explicación de la inferioridad genética de la mujer era disparatada e insólita: sería inferior porque provenía de una costilla curva del pecho del hombre, por lo que contrastaba con la rectitud de éste.

²⁶ Cabe aclarar que Lombroso seguía considerando inferior a la mujer, cuya baja incidencia en la prisionización atribuía a la prostitución, que la consideraba un *equivalente femenino del delito*.

²⁷ El proceso de acumulación originaria fue precedido por un desplazamiento masivo de población hacia las ciudades, donde el incipiente capital productivo no estaba aún en condiciones de incorporar a toda esa masa que quedaba como marginal en las urbes europeas.

²⁸ Los demonólogos no tuvieron que justificar el colonialismo, en tanto que el colonialismo originario se legitimó con argumentos teocráticos, pero el neocolonialismo lo hizo con el racismo, o sea, con pretendidos argumentos científicos.

²⁹ Como estos discursos se basaban en la teoría de la evolución de las especies, se conoce a este racismo como *darwinismo social*, pero en realidad Darwin no llegó a estos extremos, su teorizador fue el ingeniero de ferrocarriles británico Herbert Spencer.

quería explicar el delito como la manifestación de *seres humanos biológicamente inferiores y peligrosos*, semejantes a los *salvajes* colonizados. Luego fue rebautizada como *criminalología* y por último *criminología*³⁰, siendo como tal reconocida académicamente y cultivada por *médicos* en estrecha ligazón con *policías*³¹, que reparaban en los casos más graves y patológicos de criminales patibularios (el *criminal nato*)³², lo que hasta ahora facilita la *fake new* mediática de prisiones llenas de homicidas y violadores. Ante la evidencia de que no todos los presos eran *criminales natos*, incorporó luego la categoría de *ocasionales* y algunos datos sociales aislados como *causas del delito*³³.

Esta nueva demonología se *integró* con la versión llamada *positivista* de la ciencia jurídico penal *peligrosista* y legitimó el poder punitivo policial en sociedades muy estratificadas, tanto metropolitanas³⁴ como *neocolonizadas*³⁵, bajo el rótulo de *defensa social*³⁶, expresión que evoca *guerra* y *enemigo*³⁷.

³⁰ Este es el título del libro de Rafael Garofalo, que sintetiza los argumentos más racistas y degradantes de la dignidad humana de toda la criminología etiológica, pues consideraba que la lucha contra el delito es una guerra y que los pueblos colonizados equivalen a los criminales natos.

³¹ La corporación médica, desde el siglo XVI con Wier, intentaba hegemonizar el discurso penal, pero fue en el siglo XIX, cuando el control policial, importado de las colonias a las metrópolis, adquirió poder y las policías carecían de discurso, que los médicos, que disponían de discurso pero no de poder, se prestaron a la entente entre ambas corporaciones y los forenses se adueñaron del discurso criminológico.

³² Otrora llamados *locos morales* (*moral insanity*) por Pritchard y hoy se los llamaría *psicópatas*.

³³ Por influencia de Ferri, Lombroso publicó un libro sobre las causas sociales del delito, con algunas afirmaciones absurdas sobre nuestra región.

³⁴ Desde hacía tiempo las sociedades europeas se preocupaban por las *clases peligrosas*, a tal punto que en 1838 el Colegio de Francia convocó a un concurso con ese nombre, diez años antes de que Marx y Engels se refirieran a las *clases* en el *Manifiesto*. El concurso lo ganó un comisario de París: Fregier.

³⁵ En nuestras sociedades, el positivismo de fines del siglo XIX no sólo sirvió para legitimar el poder policial, sino el régimen mismo de nuestras *repúblicas oligárquicas* que lo adoptaron como ideología oficial y lo difundieron por nuestras universidades, donde fue largamente dominante hasta mediados del siglo pasado. Así, fue filosofía oficial del *porfirato* mexicano, del *patriciado* peruano, de la *República Velha* brasileña, de la *oligarquía vacuna* argentina, etc.

La función *leucocitaria* de *defensa social* asignada al poder punitivo consistiría en neutralizar los *gérmenes* patógenos del *organismo social*³⁸ y de legitimar el neocolonialismo³⁹. Al pretender un fundamento *empírico*, consideró *la discusión política de los penalistas anteriores*⁴⁰ como una *etapa precientífica superada*⁴¹.

Los *demonólogos* habían integrado el *saber penal con la criminología biológica* como *etiología del mal* (inferioridad de la mujer) en un *sistema* que abarcaba las *manifestaciones* (pacto con Satán, brujería), el *método* para investigarla (tortura), la *política criminal* (la castidad) y la *solución neutralizadora* (purificación por el fuego)⁴². Los *positivistas* del siglo XIX y

³⁶ La idea de *defensa social* era originaria de Romagnosi y seguida por Carmignani, pero fue retomada por Ferri. Después de su ocaso se promovió una *nueva defensa social* como política criminal, bastante confusa.

³⁷ Hace pocos años, un artículo del Günther Jakobs, referido al *derecho penal del enemigo*, provocó un escándalo y dio motivo a una extensa bibliografía, cuando en realidad, en el derecho penal siempre hubo *enemigos*, sólo que no se empleaba esa terminología, de modo que, si el profesor de Bonn hubiese usado otros vocablos para decir lo mismo, probablemente no hubiese desatado ninguna polémica.

³⁸ Los excepcionales inferiores *criminales natos* metropolitanos (*atávicos* parecidos a los colonizados) eran reclusos en prisiones, lo que hace pensar que las colonias, dado que contenían a seres igualmente inferiores, eran en realidad inmensas prisiones.

³⁹ Las colonias eran territorios extranjeros ocupados policialmente, es decir, inmensos *campos de concentración y de trabajo forzado para inferiores biológicos no evolucionados*, en tanto que los *delincuentes natos europeos* eran *atávicos*, es decir, *regresivos* que volvían a la condición racial de los colonizados.

⁴⁰ La discusión política iniciada en el siglo XVIII era un discurso funcional a la burguesía en su lucha contra la nobleza, pero cuando esa burguesía se instaló en el poder y pasó a ejercer la represión, ese discurso le resultaba disfuncional y, por tal razón, abrazó el del control y vigilancia policial de los marginados, trayendo de las colonias la técnica de ocupación policial del territorio.

⁴¹ Ferri consideró que todos ellos correspondían a una etapa *metafísica* que, conforme a Comte, era previa a la científica positivista por él representada, razón por la que inventó una *escuela clásica* que nunca existió y a la que relegó en una misma bolsa a todos los penalistas anteriores, pasando por alto sus dispares ideologías (aristotélicos, contractualistas, criticistas, hegelianos, krausistas, pragmáticos, etc.).

⁴² La articulación más acabada de este sistema integrado de criminología etiológica y ciencia penal inquisitorial se expuso en un libro tardío, pero que recoge toda la experiencia

buena parte del XX también integraron su *criminología etiológica del delito* (inferioridad de los estereotipados), en un sistema que abarcaba los signos de inferioridad biológica peligrosa (el delito y la *mala vida*⁴³), el *método* para detectarla (vigilancia policial), la política criminal (moralidad pública) y la neutralización (*resocialización*⁴⁴ o eliminación⁴⁵).

En el modelo positivista integrado, como la criminología etiológica estaba dominada por los médicos y la ciencia jurídica era tributaria de sus enseñanzas (la *peligrosidad* la pronosticaban los médicos)⁴⁶, esta última ciencia quedaba subordinada al saber médico; la criminología etiológica amenazaba con *tragarse* al derecho penal⁴⁷.

Un *modelo integrado positivista pero más moderado*, asignó a la ciencia jurídico penal la función de contener al poder policial, como límite a la política criminal de erradicación del delito a cualquier precio, lo que hubiese llevado a un estado policial⁴⁸. De toda forma, la verdadera ciencia seguía siendo la criminología etiológica, puesto que la doctrina penal era un

anterior, que es el *Malleus Maleficarum* o *Martillo de las brujas*, de Sprenger y Krämer, aunque en realidad parece que lo escribió Krämer en su casi totalidad.

⁴³ Como el delito cometido tenía sólo valor sintomático, a su lado podía haber otros síntomas de *peligrosidad predelictual* (*peligrosidad sin delito*), entre los que se señalaba la *mala vida*, una suerte de amontonamiento de todo lo que la policía consideraba *peligroso*. Por eso, aparecieron las leyes de *peligrosidad sin delito* y, en el extremo, se proyectó un código penal sin parte especial (proyecto Krylenko para la Rusia soviética).

⁴⁴ Esta la reservaban para los delincuentes que consideraban *ocasionales*.

⁴⁵ En todos los tiempos los delitos graves se penaron con la muerte, pero el problema eran los multireincidentes y reiterantes, llamados *habituales*, que nunca cometían un delito grave. Los países colonialistas como Gran Bretaña y Francia los remitían a las colonias como pena de *relegación* en forma de *peligrosidad sin delito* negativa (Australia, Isla del Diablo), entre nosotros se practicaba la incorporación forzada al ejército (*Martin Fierro*), ambas racionalizadas luego por el positivismo policial como *medidas de seguridad para delincuentes habituales*.

⁴⁶ Los *diagnósticos criminales* estaban a cargo de *gabinetes* dirigidos por médicos.

⁴⁷ Era la tesis sostenida por Pedro García Dorado Montero, profesor de Salamanca, con su *derecho protector de los criminales*.

⁴⁸ Fue la variable alemana del positivismo, encabezada por Franz von Liszt.

*saber práctico*⁴⁹, destinado únicamente a impedir el desborde del poder policial⁵⁰.

V. ¿Una ciencia penal independiente y útil a cualquier modelo de estado?

Dado que a fines del siglo XIX la ciencia jurídico penal se debatía entre la abierta *discusión política* imaginando modelos de estado (racionalismo metafísico del siglo XVIII), y la negación de su carácter científico, subordinándola al saber médico (*positivismo peligrosista* del siglo XIX), se propuso evadir esta opción. Para eludir la primera alternativa, se proclamó como una ciencia *políticamente aséptica*; para escapar a la segunda, se identificó como una *ciencia de la cultura, impermeable a todo dato contaminante proveniente de cualquier ciencia natural*.

Esa construcción fue obra del *neokantismo jurídico penal*⁵¹, basado en una teoría del conocimiento que separa radicalmente las ciencias *naturales* de las *culturales*⁵². Las *naturales* serían empíricas y regidas por la verificación; las *culturales* o *del espíritu*, por el contrario, se ocuparían del mundo de la libertad y no sería posible conocer sus objetos sin un previo ordenamiento.

El derecho pertenece a estas últimas y lo que pondría orden en sus objetos serían *los valores*, sin los cuales, si bien pueden existir otros entes, al no estar *ordenados por los valores*, el

⁴⁹ Confrontaba con Karl Binding, que sostenía una teoría de los imperativos, legitimando las normas por el mero hecho de emanar del estado.

⁵⁰ Respondía a los tiempos de Guillermo II, en que el imperio intervenía económicamente y concedía algunos beneficios a la clase obrera, para detener el avance del socialismo y no caer en el estado policial. La confrontación con Binding respondía a que este último teorizaba en los tiempos de Bismarck, es decir de la unidad alemana. Esta confrontación era —en definitiva— de modelos de estado en Alemania. Aunque se la suele considerar análoga a la de *clasicismo* y *positivismo* inventada por Ferri en Italia, era por completo diferente.

⁵¹ Es el llamado *neokantismo sudoccidental* o de Baden, de Windelband y Rickert, que de los dos caminos que había dejado abiertos el criticismo de Kant (*razón pura* y *razón práctica*), optaba por el segundo.

⁵² Esta separación de las ciencias provenía de Wilhelm Dilthey.

conocimiento no puede acceder a ellos⁵³, de modo que *el valor* determinaría los límites epistemológicos de la ciencia jurídica.

Esta teoría del conocimiento tiene dos importantes consecuencias: (a) por un lado, los datos sociales *no ordenados por los valores*, no tienen cabida en la ciencia jurídico penal y, (b) por el otro, no es pertinente la pregunta sobre *quién impone los valores*, porque la respuesta sería un *dato verificable*, propio de una ciencia natural, por lo que tampoco tiene cabida en una ciencia *cultural* como la jurídico penal.

Como los *valores* pueden corresponder a cualquier forma de estado⁵⁴, la ciencia penal sería una *lógica normativa* destinada a dar completividad (*no contradicción interna*) a un sistema de interpretación de los entes que el valor había ordenado, dejando fuera de su horizonte de proyección todos los datos sociales que no *ordenados* por los valores.

Si bien esta metodología *desintegra* el sistema en que el positivismo *integraba* la criminología etiológica, no deja de *integrarla de un modo diferente*, en que esa criminología queda *subordinada* a la ciencia jurídico penal, como *saber auxiliar*⁵⁵.

En efecto: para el neokantismo, la ciencia jurídico penal le indica a la criminología etiológica cuáles son las conductas cuyas *causas* esta última debería explicar⁵⁶. La criminología

⁵³ Se sostiene que no se trata de un idealismo porque no niega la realidad de los entes. pero en esa selección que determina la posibilidad de conocimiento, si bien el conocimiento no crea el objeto, no puede ocultarse cierto grado de *creación* o, al menos de negación, al dejarlo fuera del conocimiento; se trataría siempre de una creación de realidad, sino por acción al menos por supresión.

⁵⁴ El neokantismo penal dio lugar a construcciones liberales, como las de Gustav Radbruch y Max Ernst Mayer, pero también a un desarrollo adecuado a la legislación nazi, como las de Edmund Mezger y Wilhelm Sauer, entre otros muchos de su tiempo (al respecto, nuestro *Doctrina Penal Nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, EDIAR, Bs. As., 2017).

⁵⁵ Esta fue la forma en que por muchos años se enseñó criminología en Latinoamérica.

⁵⁶ Se trataba de una criminología etiológica que se seguía enseñando en las facultades de derecho; podemos decir que fue la *criminología del rincón de la facultad de derecho*. Conforme a los presupuestos neokantianos, no deja de haber una contradicción en esta nueva integración, puesto que una ciencia *cultural* define los límites epistemológicos de una ciencia *natural*.

etiológica pasa así de hegemónica a subordinada, pero sin mayores alteraciones, salvo en algún matiz *plurifactorial*⁵⁷.

VI. La sociología avanza por su lado

Mientras se llamaba *sociología criminal* a los pocos datos sociales que hacían a las pretendidas *causas sociales del delito* con las que el positivismo había espolvoreado su criminología biologista, integrada como rectora de la ciencia jurídico penal, la *sociología general* se desarrolló en las últimas décadas del siglo XIX con independencia de ésta. Más aún: la versión *funcionalista* de la sociología general desmintió la idea de absoluta *dañosidad social* del delito de la criminología positivista⁵⁸.

Los aportes de los padres fundadores de la sociología general (Weber, Durkheim, Simmel, Tarde) impactaban a la ciencia jurídica en general, encerrada en el *formalismo dogmático*, incluso en el propio Jhering, artífice de la formulación moderna del método dogmático⁵⁹. De este modo, la sociología general hizo nacer la *sociología jurídica*, preferentemente cultivada por privatistas o publicistas⁶⁰ y centrada en el derecho como *fenómeno social*, siendo incluso receptada metodológicamente por la ciencia jurídica, hasta generar la llamada *escuela del derecho libre*⁶¹ y el realismo jurídico norteamericano⁶². Pero sin llegar a esas posiciones tan radicales, entre la metodología

⁵⁷ Fueron sumándose nuevos conceptos biologists, como los surgidos de los primeros tiempos de la endocrinología, con las biotipologías de Ernst Kretschmer, de Nicola Pende y otros.

⁵⁸ Émile Durkheim sostuvo la *normalidad* del delito, afirmando que en toda sociedad se requiere una cantidad *normal* de delito, que cumpliría la función de reforzar la cohesión social y cuyo excesivo descenso no sería un signo social positivo.

⁵⁹ Rudolf von Jhering sistematizó las reglas de la moderna dogmática jurídica en analogía con el método de la química y distinguió la antijuridicidad de la culpabilidad en el campo del derecho privado. El giro lo dio en sus trabajos sobre el *fin del derecho* y el *derecho como lucha*.

⁶⁰ Sus antecedentes pueden remontarse al romanticismo jurídico de Savigny y, posteriormente de Kirchmann.

⁶¹ Es la escuela de H. Kantorowicz

⁶² En especial el realismo jurídico norteamericano, con Holmes y Pound.

y la *sociología* jurídicas se operó un creciente intercambio de aportes⁶³.

En este proceso se detecta nuevamente la *anomalía de la ciencia jurídico penal*, pues los sociólogos jurídicos no se centraban demasiado en el poder punitivo ni en el derecho penal. Tanto la sociología jurídica como las teorías generales del derecho, siempre percibieron cierta *anomalía* en la cuestión penal, que muchas veces se hizo manifiesta, incluso señalando algunos que la excluían expresamente de sus teorizaciones⁶⁴.

Cuando al término de la Primera Guerra Mundial el primado de la sociología general pasó a Estados Unidos⁶⁵, en la Universidad de Chicago se incentivó la sociología urbana y la preocupación por el delito, si bien siempre en sentido etiológico, aunque totalmente libre del lastre biológico del positivismo racista⁶⁶.

Siempre que la pretendida etiología deja de ser biológica y pasa a ser *sociológica*, a poco se revela que, por excluir de las *causas sociales* al ejercicio del poder punitivo, se cae en una *etiología social* falsa, lo que se vuelve inocultable al ponerse en evidencia su inocultable arbitrariedad selectiva.

Así, la primera criminología etiológica (*demonología*) fue descalabrada discursivamente⁶⁷ por Friedrich Spee, cuando se

⁶³ La confrontación entre *formalismo* y *antiformalismo* fue el gran debate jurídico y sociológico jurídico del siglo XX, con Kantorowicz, Ehrlich, Gierrke, Holmes, Pound, Geny, Hauriou, Duguit, Gurvitch y otros por el lado *antiformalista*, y Kelsen en lo jurídico y Max Weber en lo sociológico, por el otro.

⁶⁴ Así, los teorizadores del *trialismo* no suelen referirse al derecho penal y algunos expresamente dicen que no puede utilizarse en esta materia.

⁶⁵ Al final de la primera guerra (1914-1918) Europa quedó devastada y con una sensación general de pesimismo y decadencia, sus grandes maestros fundadores habían muerto y la sociología pasó a desarrollarse principalmente en los Estados Unidos, que había salido ileso de la guerra, vivía los *locos veinte* y recibía flujos migratorios que eran seleccionados por cuotas con criterio racista. El crecimiento acelerado de las ciudades incentivaba el interés sociológico.

⁶⁶ En esta línea se destacaron las contribuciones de William I. Thomas y, sobre todo, la *ecología urbana* de Robert Ezra Park y Ernest W. Burgess, en la llamada primera escuela de Chicago.

⁶⁷ Si bien la obra de Spee (*Cautio criminalis*) no demolió el poder académico de los demonólogos, fue el antecedente más fuerte de Christian Thomasius, que acabó por desbaratarlo setenta años más tarde, inaugurando el iluminismo alemán.

desentendió de la discusión sobre la existencia de las brujas, para analizar la forma en que se ejercía el poder punitivo inquisitorial, revelando quiénes lo ejercían y los graves delitos que cometían⁶⁸. Por primera vez se pone de relieve que los encargados de reprimir el delito eran los mayores criminales.

El proceso se reiteró en el siglo XX, cuando la criminología *etiológica* se volvió *sociológica*, haciendo cada vez más notorio que, de la exclusión epistemológica del poder punitivo, resultaba una *etiología falsa*, hasta que fue innegable su incidencia⁶⁹, lo que terminó provocando un *cambio de paradigma*, en que ya no eran su principal objeto las *causas del delito centradas en el delincuente* –que dejaba de ser considerado un ser inferior y diferente–, para centrarse en el poder punitivo, con la llamada *criminología de la reacción social*⁷⁰.

Esta criminología se dividió entre una corriente llamada *liberal* y otra *radical*. (a) La primera se nutrió del *interaccionismo simbólico*⁷¹ y de la *fenomenología*⁷² y fue necesariamente crítica del poder punitivo, especialmente con la *teoría del etiquetamiento (labelling approach)*⁷³, que puso de resalto

⁶⁸ Spee demuestra la responsabilidad de los teóricos de la teología, de los príncipes, la corrupción de los inquisidores, la perversión sexual de los verdugos, el objetivo reproductor de la tortura, la crueldad sádica de los jueces, la *alquimia valorativa*, la complicidad de los confesores borrachines, para concluir que con esa selección cualquiera sería considerado brujo y comparando ese ejercicio del poder punitivo con los crímenes de Nerón quemando cristianos.

⁶⁹ Por ejemplo, la señalización de la intervención punitiva como generadora de desviaciones secundarias de conducta, condicionando futuras *carreras criminales*, de Edwin L. Lemert.

⁷⁰ Es una denominación genérica que no refleja correctamente el alcance de esta criminología, porque no se trata de una reacción, sino de una interacción permanente. Esta criminología se difundió en Latinoamérica por la obra de dos criminólogas venezolanas, Rosa del Olmo y Lola Aniyar de Castro, entre otros autores (Roberto Bergalli, Juárez Cirino dos Santos, etc.).

⁷¹ Esta corriente también es llamada *conductismo social*, enunciada por George Herbert Mead, pero luego desarrollada como *dramaturgia social* por Erwin Goffman. En criminología se destacan las obras de Howard S. Becker y otros.

⁷² En especial la llamada *etnometodología*, pero es muy importante el trabajo de sociología fenomenológica de Berger y Luckmann.

⁷³ Es resultado de la teoría de los roles en la dramaturgia social interaccionista, según la cual cada uno de nosotros termina siendo en alguna medida tal como nos ven los otros y conforme a los roles que nos demandan.

—entre otras cosas— su *selectividad estructural* conforme a este-reotipos y la función reproductora de las prisiones⁷⁴.

(b) La segunda —*radical*— se orientó preferentemente por el marxismo no institucionalizado (*Escuela de Frankfurt*)⁷⁵, objetando a la llamada *liberal* por no extenderse hasta el poder social al que es funcional el punitivo, con lo que, de una *crítica criminológica* se pasó a una *crítica macrosocial*. El resultado fue una marcada impotencia para proponer reformas, dado que poco podría hacerse antes de un profundo cambio también *macrosocial*.

De toda forma, la sociología general no marxista, incluso la tradicional⁷⁶ y más aún la crítica *liberal* y el *labelling*, demolían las bases de la ideología de que era portadora la dogmática jurídico penal: desmentían por completo el principio de igualdad, el de legalidad, la idea de derecho penal de acto, la pretendida tutela igualitaria de bienes jurídicos, etc.⁷⁷

De este modo, hace cuatro o cinco décadas, tanto la ciencia jurídico penal como la criminología crítica se hallaban en un callejón sin salida. La primera resultaba incompatible con el saber sociológico —incluso con el más tradicional— y, sintiéndose amenazada, se refugiaba en el neokantismo que, al excluir arbitrariamente los datos sociales, preservaba sus falsas bases ideológicas y sólo perfeccionaba su completividad lógica (no contradicción interna). Por la acera opuesta circulaba una sociología que había transitado de lo etiológico a la reacción social y, dentro de ésta, de la versión liberal a la radical, pero que, llegada a este límite, se dedicaba a combatir al capitalismo de las sociedades de consumo, sin posibilidad de incidir sobre el

⁷⁴ La crítica a las instituciones totales de Erwin Goffman marcó un hito respecto de prisiones y manicomios.

⁷⁵ Adorno, Horkheimer, Marcuse, etc. En criminología se destaca la obra pionera de Rusche y Kirchheimer, *Pena y estructura social*.

⁷⁶ Como Robert Merton, la teoría de las subculturas, etc.

⁷⁷ A este respecto es fundacional la crítica de Alessandro Baratta, *Criminología e dogmática penale. Passato e futuro del modelo integrato di scienza penalistica*, en “La questione criminale”, año V, n° 2, mayo-agosto de 1979.

poder punitivo mientras éste sobreviviese. En semejante encrucijada era imposible concebir un nuevo modelo integrado de derecho penal y criminología⁷⁸.

VII. La desintegración se torna insostenible

En las décadas que siguieron tuvieron lugar cambios muy profundos en el poder mundial y regional: se acabó el mundo bipolar; se *financiarizó* la economía; el totalitarismo financiero se impuso al poder político asumiendo formas *macrocriminales*; se produjo el *encarcelamiento masivo* en ambos hemisferios; los adolescentes de barrios precarios y los inmigrantes son los nuevos estereotipados en nuestra región y los migrantes en el norte; el *tardocolonialismo* se ejerce en Latinoamérica por medio de endeudamientos astronómicos; tiende a desaparecer el *welfare state*; la riqueza mundial se concentra en el 1% de la humanidad; se acelera el deterioro del medio ambiente, provocando mutaciones virósicas que paralizan la economía global.

El totalitarismo financiero se legitima con un nuevo *discurso reduccionista (economicista)*, basado en la antropología aberrante del *homo economicus* y la *meritocracia*, que cunde por las academias -hasta el Premio Nobel-, como ideología que confronta radicalmente con los Derechos Humanos⁷⁹ y trata de arrasar con todas las ciencias de la conducta.

En nuestra región, con los coeficientes de Gini más altos del mundo, el *tardocolonialismo* intensifica la estratificación social, hace desaparecer los brotes de estados de bienestar y pretende *cronicizar* nuestro subdesarrollo, con alto costo de vidas⁸⁰.

⁷⁸ Esta imposibilidad era afirmada en ese artículo fundacional por Alessandro Baratta.

⁷⁹ Es notoria la negación de los derechos humanos por parte de Friedrich von Hayeck, uno de los evangelistas de esta ideología, que afirma que nadie por el hecho de nacer tiene derechos. La participación de otro evangelista, Milton Friedman, en la programación económica de la dictadura chilena, revela que el autodenominado *neoliberalismo* nada tiene de liberal.

⁸⁰ Si se sumasen las muertes causadas por los altos índices de homicidio de algunos países de la región, los suicidios (especialmente de personas de la tercera edad), la privatización

El poder punitivo de nuestras sociedades se vuelve más violento, letal y selectivo, bajo la consigna *völkisch* de *tolerancia cero*, impulsada por la criminología mediática de los monopolios que reemplazan funcionalmente a los partidos políticos en forma de *partidos únicos*. El *lawfare*⁸¹ contra opositores populares y disidentes sería la envidia de Göbbels y Vichinski. Es inocultable la degradación de los Estados⁸² y el discurso mediático se degrada a publicidad pura: los monopolios mediáticos, a fuerza de crear realidad, *acaban desfondándola*.

Debido a estos cambios, la *crítica sociológica* de hace cuatro décadas perdió buena parte de su vigencia, puesto que es de procedencia anglosajona y se originó frente al poder punitivo de sociedades capitalistas de producción y consumo⁸³. Por su parte, nuestra ciencia jurídico penal continúa importando versiones renovadas del neokantismo⁸⁴ y del neohegelianismo⁸⁵,

de servicios de salud, la falta de campañas sanitarias y de vacunación, la atención selectiva de la salud, la inseguridad laboral, la inadecuación de la red caminera a los vehículos que nos imponen, etc., veríamos que anualmente resulta un número equivalente a una ciudad de regulares proporciones. Todas estas muertes son causadas por el subdesarrollo y las hemos considerado como un *genocidio por goteo*.

⁸¹ Esta denominación significa *guerra de derecho*, pero en realidad nada tiene que ver con el derecho, puesto que es resultado de bandas de delincuentes integradas por jueces prevaricadores en coautoría con agentes de inteligencia, funcionarios extorsionadores, testigos comprados, policías corruptos y difamadores disfrazados de periodistas, instigados por altos funcionarios de gobiernos y gerentes de corporaciones mediáticas monopólicas.

⁸² Los estados de derecho de la región se deterioran, pero no suelen marchar hacia estados de policía, sino hacia un debilitamiento del estado mismo, pues las autonomizaciones policiales, la letalidad policial, la concentración de la delincuencia de subsistencia en organizaciones, el surgimiento de grupos de autodefensa y de parapoliciales y milicias e incluso la intervención de fuerzas armadas en función policial, hace perder al estado el monopolio de la recaudación fiscal y del ejercicio del poder punitivo, es decir que pierde el monopolio de la coerción y también la defensa nacional, todo lo cual resulta funcional al tardocolonialismo financiero.

⁸³ Esto exige una renovación de la propia criminología crítica que, necesariamente debemos llevar a cabo en la región, incorporando la experiencia de nuestra larga lucha contra el colonialismo y reorientándola hacia la forma actual que asume el poder punitivo del tardocolonialismo.

⁸⁴ Es la dogmática jurídico penal dominante en Alemania en este momento, cuyo autor más difundido es Roxin.

reforzando la inviabilidad de la incorporación de datos sociales a las construcciones jurídicas.

En este momento, entrados decididamente en este inquietante siglo XXI, se hace más acuciante la necesidad, por un lado, de reorientar la crítica sociológica al actual marco de poder y, por otro, de integrarla con la ciencia jurídico penal, pues en nuestra región, entre la *imaginería penalística* y la *realidad*, ya no media una simple *disparidad* sino un creciente *disparate*.

La progresiva *irrealidad de la ciencia jurídico penal* reclama con paralela *urgencia* su superación, dado que su *anomalía* deja de ser un *drama académico*, para implicar un creciente y gravísimo peligro social y político. Pese a la fuerte *creación de realidad* de los partidos únicos mediáticos, el *disparate* va siendo inocultable a nuestras poblaciones, con el riesgo de llevarlas a despreciar al derecho como herramienta social⁸⁶.

El primer objetivo de todo cambio violento siempre fueron los símbolos del poder punitivo: los revolucionarios franceses tomaron la Bastilla pero, por estar vacía, no liberaron a ningún preso, sólo destruyeron el símbolo, pero finalmente, todo terminó en el *terror*.

VIII. No es imposible la construcción de un nuevo sistema integrado

Hace treinta años pensamos que esa encrucijada debía ser superada⁸⁷, en lo que ahora insistimos, sólo que con la mayor urgencia que imponen los cambios de las últimas décadas.

El camino de superación de la anomalía jurídica de la ciencia penal fue enunciado sintéticamente por Tobías Barreto, el

⁸⁵ En alguna medida, puede considerarse de este modo el funcionalismo de G. Jakobs, que no tiene mayor predicamento en Alemania.

⁸⁶ La violencia política siempre deja cicatrices y, además, aunque triunfen los más desfavorecidos, invariablemente ponen el mayor número de víctimas.

⁸⁷ Lo esbozamos en nuestro ensayo *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, EDIAR, Bs. As., 1989. .

visionario jurista brasileño que encabezó la llamada escuela de Recife⁸⁸, cuya escueta señalización quedó en el olvido, sin que nadie las desarrollase, o sea, que pasaron casi inadvertidas para la ciencia penal latinoamericana, primero subordinada el positivismo racista *spenceriano* y luego deslumbrada con la importación acrítica de las construcciones de la ciencia penal alemana.

En 1886, reflexionando a partir de la lectura de Fröbel⁸⁹, Barreto dio en la clave de los principios que permitirían a la ciencia jurídico penal dar el giro al que se resiste: *Quem procura o fundamento jurídico da pena deve tambem procurar, si é que ja não encontrou, o fundamento jurídico da guerra*⁹⁰.

Antes había afirmado -con toda precisión- que *la pena no es un concepto jurídico, sino político*⁹¹. Sus geniales intuiciones a este respecto se completan con la afirmación de que *no existe un derecho natural, pero sí una ley natural del derecho*⁹².

A partir de estas claves, es posible comprender y cancelar la *excepcional anormalidad de la ciencia jurídico penal* en relación al resto de la ciencia jurídica.

Desde los tiempos de Barreto, el derecho internacional rectificó su rumbo, pero la ciencia penal no lo imitó. Los internacionalistas abandonaron el *viejo derecho a la guerra*, pues cayeron en la cuenta de que las guerras no se desataban conforme a

⁸⁸ Tobías Barreto (1839-1889) fue un jurista bastante autodidacta, el primero en nutrirse de literatura jurídico penal alemana en nuestra región, con posiciones a veces contradictorias, pero innegable pensador independiente, que trabajaba en el Brasil profundo de un nordeste económicamente desarticulado por el desbaratamiento de la economía del azúcar y el paso a la del café del sur.

⁸⁹ Julius Fröbel, *Theorie der Politik, als Ergebniss einer Erneuernten Prüfung Demokratischer Lehrmeinungen*, Vol. 1: *Die Forderungen der Gerechtigkeit und Freiheit im State*, 1861 (cfr. Deutsche Biographische Enzyklopädie, (herausgegeben Walter Killy), K.G. Saur, 2001, 3, p. 501).

⁹⁰ Tobias Barreto, *Obras Completas*, V, *Direito, Menores e loucos e Fundamento do direito de punir*, Ed. do Estado de Sergipe, 1926, p. 151

⁹¹ Idem, p. 149.

⁹² Tobias Barreto, *Obras Completas*, VII, *Estudos de Direito* (vol. II), Ed. do Estado de Sergipe, 1926, p. 38.

lo que ellos programaban en sus libros y, por ende, decidieron resignarse y pasar a proyectar la limitación de sus extremos de crueldad. De este modo, quedó raquítico⁹³ el *derecho a la guerra* y se desarrolló el *derecho internacional humanitario*⁹⁴ que, en lugar de teorizar la guerra para limitarla legitimándola parcialmente (con el concepto de *guerra justa*), procura ponerle límites.

El paralelo con el derecho penal es innegable: éste pretende, mediante sus *teorías de la pena*, limitar al poder punitivo legitimando su ejercicio en forma parcial (el *poder punitivo justo*, equivalente a la *guerra justa*). Los internacionalistas minimizaron las discusiones sobre la *guerra justa* (el poder punitivo *justo* del derecho penal), para centrarse en la neutralización de sus desmanes (equivalente en el derecho penal a la limitación del *poder punitivo*). Por cierto, se trata de una cara señal de realismo y humildad humana del internacionalismo jurídico, que no pretende ya dictarle reglas al poder bélico, indicándole cuándo debía desatarse, sino que se centra en evitar en lo posible sus letales consecuencias. La *soberbia penalista* todavía nos impide dejar de pretender indicarle al poder político hasta dónde puede usar el poder punitivo definiéndole modelos de estados, para centrarnos en las limitaciones a sus también letales consecuencias.

En verdad, en cuanto a la relación entre la guerra y la política, es difícil saber cuál de ellas es continuación de la otra (si le asistía la razón a Clausewitz o a Foucault), pero el vínculo entre ambas es innegable. Tobías Barreto lo percibió mucho antes del desarrollo actual del derecho internacional humanitario, pero, actualizando el sentido de sus palabras, podemos decir que en el momento bélico opera como agencia jurídica la Cruz Roja Internacional, en tanto que en el momento político –al menos cuando sirve a un estado que quiere aproximarse al modelo de derecho- este papel lo debe asumir el poder jurídico de contención programado por la ciencia jurídico penal.

⁹³ Podría considerarse que tienen por base la Carta de la ONU.

⁹⁴ Las bases legales del derecho internacional humanitario son los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales.

Consideraríamos absurdo que el derecho internacional presentase hoy un cuadro de *teorías legitimantes de la guerra*, pero nos sigue pareciendo *normal* que la ciencia jurídico penal, para legitimarse, quiera legitimar un *factum político* perdiéndose en el abanico de *teorías de la pena* de Bauer, incluso sin consciencia de que discute modelos de estado que sueña, como producto de la *imaginería penalística*. El derecho internacional logró erradicar el *hábito normalizador* de legitimar la *guerra justa*, que aún hoy pesa sobre el derecho penal, la legitimar el *poder punitivo justo*.

IX. No es posible conocer todas las funciones del poder punitivo

Dado que el poder punitivo es un *hecho político* –y como tal en extremo *plurifuncional*– no es posible que tenga una única función, como no la tienen las guerras. Por otra parte, dada la extrema variedad de conflictos en que interviene, tampoco es posible conocer todas sus funciones, disfunciones y consecuencias en la realidad social, algunas de las que ni siquiera sospechamos⁹⁵.

No obstante, penalistas, jueces y políticos parecen internalizar una autocensura impuesta por la tradición académica y reforzada por la criminología mediática alienante de nuestros partidos únicos, que difunde una *idolatría* del poder punitivo, pues lo convierte en un *falso dios*, dotado de un blasfemo carácter *omnipotente*. Para los fanáticos de este ídolo –que no es de oro–, es una *cuestión de fe*⁹⁶, no habiendo nada que no pueda resolverse con su ejercicio.

⁹⁵ Es claro que la función de la pena o de su amenaza en un delito tributario no es la misma que en un homicidio calificado, o la de un delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos tampoco es igual a la de un delito de violación. Además, el poder punitivo puede tener consecuencias que nadie haya previsto: incidir sobre primas de seguros, favorecer la preferencia por cierto modelo de vehículos, determinar oscilaciones en el precio de los inmuebles de cierta zona, difundir el uso de armas de fuego, impedir reuniones, afectar formas de vida, etc.

⁹⁶ Este carácter de *cuestión de fe* fue señalado hace años por la criminóloga canadiense Ruth Morris.

Por esa razón, frente a las *teorías de la pena* y a la idolatría punitivista, cabe una posición *agnóstica*, que no niegue su poder, pero sabiendo que no es omnipotente y que no conocemos -ni podemos conocer y quizá nunca podremos conocer- todas sus funciones y consecuencias. Tampoco es posible ignorar que puede tener efectos positivos, para lo cual no es necesario adherir al funcionalismo de Durkheim o a otros semejantes, bastando con saber que, si el bien absoluto no es de este mundo, tampoco lo es al mal absoluto.

Nunca podemos *ignorar su poder*, porque es incuestionable y está hartamente verificado que, cuando el poder punitivo se expande y el poder jurídico limitador se reduce, el estado se aleja del modelo ideal de derecho, para aproximarse al de policía o para debilitarse disuelto en ejercicios paralelos y subterráneos⁹⁷. En el primer caso se tiende a un totalitarismo; en el segundo a un debilitamiento y degradación del estado, que pierde la hegemonía del poder de coerción y de recaudación fiscal⁹⁸.

Es interesante y curioso observar que todos los penalistas que encuadran su saber jurídico en el marco de un estado que aspira a aproximarse al modelo de derecho, se reivindican como continuadores del Iluminismo. No hay penalista en el mundo que pretenda elevar monumentos ni bautizar institutos y academias con el nombre de Torquemada o de los demonólogos, a los que incluso se los niega y hasta oculta como precursores.

Llama poderosamente la atención que la programación de jurisprudencia *prudente*⁹⁹ de los penalistas que reivindican el

⁹⁷ Esta multiplicación de sistemas penales tiene lugar en todo *estado de policía*, como lo señaló Lola Aniyar de Castro, siendo todos funcionales a una cúpula política fuerte.

⁹⁸ En los *estados deteriorados* también se pluralizan los sistemas penales, pero sin cúpula política fuerte, sino que acaban pluralizándose sus agencias recaudadoras, que ejercen el poder punitivo como coerción necesaria para recaudar, lo que formalmente se llama corrupción y extorsión.

⁹⁹ Nos referimos a los penalistas *garantistas*, llamados también *liberales*, expresión que tratamos de evitar para no generar confusiones con el arrastre fangoso de este término por la ideología opuesta a los derechos humanos que encubre hoy al totalitarismo financiero.

valor histórico positivo de la función de contención y teorizan jurídicamente en estados cercanos al modelo de derecho, no se percaten de la necesidad (a) de desterrar el hábito de pretender acotar el poder punitivo imaginando modelos de estados y alucinando su existencia, en lugar de legitimar de modo casi exclusivo o totalmente predominante la función limitadora y operar con racionalidad a partir del estado existente, ni (b) de abandonar la ilusión de que sus destinatarios (operadores jurídicos) ejercen poder punitivo, cuando lo único que pueden hacer, en el legítimo ejercicio de su poder jurídico, es contenerlo y acotarlo dentro de límites racionales y humanos, para evitar sus desbordes letales para las personas y los estados de derecho realmente existentes.

X. La relegitimación mediante una nueva integración

Para legitimarse, la ciencia jurídico penal no tiene más que limitarse a reconocer y reivindicar su carácter de programadora de decisiones jurisprudenciales de acotamiento del poder punitivo, cuyo beneficio se pone de manifiesto apenas se observa el resultado genocida que en el siglo pasado tuvo el debilitamiento del *poder jurídico* de contención, que es su indispensable y legítima incumbencia.

La ciencia jurídico penal se legitima al incorporar y empalmar con las críticas sociológicas al poder punitivo, como constructora de sistemas dirigidos a los operadores jurídicos, para que su jurisprudencia opere los filtros que interfieran el paso del poder punitivo más irracional, selectivo, discriminador, racista, violento, etc. Los caracteres del delito son diferentes niveles de selección, como compuertas del dique de contención jurídica al poder más groseramente violador de la igualdad, la libertad y la fraternidad.

La *selectividad del poder punitivo* es inevitable, dada (a) la disparidad de lo legalmente programado (criminalización primaria o *in the books*) y la limitada capacidad de las agencias ejecutivas (criminalización secundaria), como también en razón

(b) del marcado entrenamiento diferencial en sociedades muy estratificadas, que provoca la captación policial de estereotipados autores de delitos groseros de subsistencia¹⁰⁰.

Respecto de la selectividad como carácter inevitablemente *estructural* del poder punitivo, la ciencia jurídico penal debe esforzarse por *procurar menores estándares*, para lo que, ante todo, debe evitar su *negacionismo*, que *es la peor de las injusticias sociales*. Es tarea del *derecho penal de acto* ocuparse de disminuir hasta donde sea posible el *ejercicio del poder punitivo de autor*.

La *dogmática jurídica* debe construir sus conceptos y organizarlo en *sistemas* limitadores, como programa político destinado a la optimización del poder jurídico de contención del poder punitivo, en procura de la reducción de sus caracteres negativos y, por ende, como todo programa político, debe nutrirse de los datos sociales que le informan acerca del ejercicio real del poder que debe acotar, so pena de resultar *delirante*. Esta tarea de programación de la contención de un poder estructuralmente selectivo, importa la elevación de los estándares de realización de los principios constitucionales de igualdad y respeto a la dignidad humana en el plano de la realidad social.

Las información, los datos indispensables para llevar a cabo esta misión se los debe proporcionar a la ciencia jurídico penal la *criminología* y, dentro de ella, en principio la *sociología*¹⁰¹. Por ende, imitando de este modo el camino racional de

¹⁰⁰ Las policías operan conforme a reglas comunes a toda burocracia, es decir, que hacen lo que es más sencillo. La investigación de conductas más sofisticadas, propias de las capas sociales superiores y con diferente entrenamiento, como el poder social de éstas, determina la impunidad de los llamados *delitos de cuello blanco*, lo que fue observado criminológicamente hace más de ochenta años por Edwin Sutherland y hace más de un siglo largo por Gabriel Tarde.

¹⁰¹ En general, la crítica proviene de la sociología, pero como las otras ciencias de la conducta habían sido aplicadas con sentido etiológico por la criminología de esta vertiente, aún no se ha operado del todo una reintroducción de estas disciplinas desde la perspectiva crítica, puesto que sufren una suerte de *desconfianza por sospecha etiológica*.

humildad y racionalidad seguido por el derecho internacional respecto de la guerra, nos surge *un nuevo sistema integrado de derecho penal y criminología*.

XI. La onticidad del ejercicio del poder punitivo

Aquí entra en juego la segunda advertencia de Tobías Barreto: dejando de lado la discusión jusfilosófica en torno al derecho natural o supralegal, lo importante es su afirmación de que *existe una ley natural del derecho*.

La ciencia jurídico penal interpreta leyes y, ante todo, las del *bloque de constitucionalidad* (normas constitucionales e internacionales)¹⁰² y, en segundo lugar, las infraconstitucionales, que deben ser interpretada siempre en el marco de las primeras¹⁰³.

Estas leyes, son *válidas* porque proceden de fuentes legislativas competentes, pero si además pretenden ser *eficaces*, deben producir efectos sociales acordes con su *ratio legis* o fin manifiesto. Pues bien: para que el intérprete elabore un programa dirigido a ese objetivo legal, debe verificar en qué medida se realiza en el mundo del *ser* ese *deber ser* –ante todo de las leyes de máxima jerarquía-, verificación que sólo puede llevar a cabo con la información social.

A diferencia de lo postulado por el neokantismo, el derecho no puede aislarse del mundo, permitiéndose seleccionar

¹⁰² Con frecuencia se observa en nuestra ciencia jurídico penal –y en nuestros jueces –una inversión del orden jerárquico de las normas, producto de una asimetría de fuentes doctrinarias. Todos nuestros estados regionales fueron –al menos en el plano teórico- estados *constitucionales* de derecho, pues copiamos cercanamente el modelo de la constitución norteamericana, con el pertinente control de constitucionalidad. No obstante, a la hora de elaborar nuestras doctrinas jurídicas, salvo en derecho constitucional, las importamos de Europa, o sea, de estados *legales* de derecho, que no conocían el control de constitucionalidad, puesto que éste se difunde en ese continente apenas a partir de la última posguerra.

¹⁰³ El control de constitucionalidad –al igual que el de convencionalidad- puede descalificar una norma por incompatibilidad total con otra de mayor jerarquía, pero también puede emitir sentencias interpretativas, que condicionan la validez de la norma a cierta interpretación compatible con la de mayor jerarquía.

arbitrariamente los datos que quiera incluir o excluir quien impone el orden de los valores, porque si bien el orden jurídico es un *orden*, hay otros muchos órdenes –dado que el mundo no es un caos- y cuando el derecho se refiere a un ente del mundo, debe respetar *lo que ese ente es* (su *onticidad*) en su respectivo orden (físico, biológico, económico, social, etc.). De no hacerlo, *no dejará de ser válido ni de ser derecho, pero carecerá de eficacia*, porque *se dirigirá a un ente diferente*, o sea, que construirá un *discurso falso*: proclamará un deber ser A, pero que en la realidad resulta B, de lo cual no se daría por enterado.

Esta es la *ley natural del derecho* de Barreto, pero también, muchos años después, la tesis realista de las *estructuras lógico reales* (*sachlogischen Strukturen*) de Welzel¹⁰⁴. Por cierto, Barreto fue más lejos que Welzel, porque su *ley natural del derecho* le permitió caer en la cuenta de que el poder punitivo es un *factum político*. Welzel se quedó a medio camino, pues llevo su tesis hasta la teoría del delito, pero no llegó a la teoría de la pena; tampoco hubiese podido hacerlo, dado que también legitimada al poder punitivo siguiendo uno de los caminos tradicionales¹⁰⁵.

Welzel intentaba legitimar -como tutela de un supuesto mínimo ético- al poder punitivo del tiempo de la reconstrucción alemana, provocando una peligrosa *etización* del derecho penal. Barreto pensaba *a la intemperie*, solitario en el nordeste brasileño, lo que demuestra que, a veces, el subdesarrollo tiene ventajas.

En paralelo con el derecho internacional, se verificará que los principios de libertad, igualdad, fraternidad (o solidaridad),

¹⁰⁴ Esta apertura al realismo abría la posibilidad de utilizarlo en la forma en que lo hizo Barreto y en que lo hacemos nosotros, lo que llevó a un penalista uruguayo a sostener que facilitaba la introducción del marxismo, por mucho que esa afirmación haya constituido un verdadero disparate, aunque peligrosa en el momento en que se la formuló.

¹⁰⁵ Welzel legitimaba el poder punitivo conforme a una supuesta ética social mínima, lo que creemos que nunca pudo ser verdad, pero después de la inflación de tipos penales de las últimas décadas, le sería hoy imposible sostener.

legalidad, humanidad, dignidad de la persona humana, tutela de bienes jurídicos, culpabilidad, etc., emergentes del bloque de constitucionalidad, son violados por el poder punitivo. Sería erróneo deducir que son falsos para la ciencia jurídico penal: falsa es sólo la alucinación que pretende que en el ejercicio real del poder punitivo se los respeta escrupulosamente, frente a los datos sociales que verifican que los lesiona.

La ciencia jurídico penal debe reafirmar esos principios y *verificar en qué medida en la realidad los lesiona el poder punitivo*, impidiendo el paso del poder punitivo que los lesiona en mayor medida, lo que importa llevar a cabo un *permanente esfuerzo para elevar su nivel o estándar de realización* de los principios que nunca son realizados socialmente en forma completa, porque eso sería llegar a un estado de derecho ideal, que nunca ha existido y no sabemos si podrá existir alguna vez.

Por consiguiente, este esfuerzo siempre será un *juego de pulsiones y contrapulsiones*, puesto que *ningún estado de derecho es conforme al ideal*. Los estados reales (existentes) que se aproximan al modelo ideal de derecho siempre son una coraza que, cuanto más se acerquen al ideal, mejor encapsularán las pulsiones del *estado de policía que encierra en su seno*, puesto que en toda sociedad siempre existen factores de poder que pretenden imponer su voluntad arbitraria.

Este juego de pulsiones *no es una dialéctica*, porque no tiene síntesis. Se trata de un *unfinished* en que *se debe hacer camino a medida que se avanza*, lo que requiere prestar constante y cuidadosa atención a la permanente dinámica del poder, aspecto en el cual cobra especial importancia el reconocimiento y verificación –en cada coyuntura– de los datos sociales acerca de la mutable *onticidad* del poder¹⁰⁶.

De este modo, la ciencia jurídico penal integrada con la criminología pasa a ser el *apéndice indispensable del derecho*

¹⁰⁶ Según las variables del poder, lo que en un momento puede impulsar un estándar, en otro momento puede hacerlo retroceder.

constitucional de cualquier estado que pretenda aproximarse al modelo de derecho, puesto que en definitiva, el poder punitivo más irracional lo debilita y su contención lo fortalece. De este modo la ciencia penal asume con plena consciencia la función que siempre cumplió cuando fue útil a la humanidad: contener las pulsiones de estado de policía o de degradación del estado y evitar el genocidio -frontal o por goteo- con el consiguiente naufragio de todos los derechos.

En síntesis: no es verdad que en nuestros días no se pueda concebir un modelo integrado de ciencia jurídico penal y criminología, sino todo lo contrario: en nuestra región, la integración es de extrema urgencia. Es muy probable que, en otras realidades y regiones del planeta, donde entre el *ser* y el *deber ser* del poder punitivo se siga manifestando una *disparidad*, pero no un *disparate* –como en la nuestra-, sus jueces puedan ejercer un discreto poder jurídico de contención conforme a elaboraciones más impermeables a los datos de realidad, pero a nosotros no nos queda otra alternativa que hacernos cargo del *disparate*, partiendo del reconocimiento de las deplorables condiciones del ejercicio real del poder punitivo en nuestras sociedades.

Dada esta disparatada distancia entre el *ser* y el *deber ser* en nuestra región, nuestra ciencia del derecho penal, con toda urgencia, debe dejar de legitimar –por acción o por omisión- el ejercicio más irracional e ilícito del poder punitivo que, en las últimas décadas, acentuó su carácter violento¹⁰⁷, letal¹⁰⁸, discriminatorio¹⁰⁹, misógino¹¹⁰ y racista¹¹¹. De lo contrario, no sólo eludiremos el deber ético de hacer el máximo de esfuerzo por

¹⁰⁷ La tortura no ha desaparecido en Latinoamérica y menos aún todas las formas de maltrato y detenciones arbitrarias..

¹⁰⁸ Las ejecuciones sin proceso se registran en varios países en forma alarmante.

¹⁰⁹ La discriminación clasista es de toda evidencia en toda la región.

¹¹⁰ El “machismo” sigue dominante en las fuerzas de seguridad y en algunos tribunales.

¹¹¹ Basta recorrer cárceles latinoamericanas para verificar a simple vista el neto predominio de ricos en melanina y compararlo con la pobreza de melanina en las universidades, bancos, tribunales, etc.

evitar males mayores en momentos de regresión del respeto a los Derechos Humanos en nuestra región y en el mundo, sino que también corremos el riesgo de que en un futuro no lejano nos estigmaticen como Francesco Carrara lo hizo con los viejos *prácticos* preiluministas, cuyo saber calificó de *schifosa scienza*¹¹².

¹¹² Carrara aspiraba a un derecho penal como *ciencia sublime*, que sienta su noble misión de perfeccionar a la humanidad, y que desdeñe reconocer como hermano el arte asqueroso que en tiempos pasados se llamó derecho criminal, que consistía en enseñar los dictados positivos de legisladores autónomos y crueles, en establecer los modos de circunvenir a un acusado y las medidas para regular los tramos de cuerda y las pinzas de las tenazas (*Varietà della idea fondamentale del giure punitivo (Prolusione al corso accademico dell'anno 1862-63)*, en *Opuscoli di Diritto Criminale*, Prato, 1885, vol. I, pp. 154 y ss., p. 180). La designación de *schifosa scienza* fue retomada por Massimo Pavarini como título de su libro, traducido al castellano como *Un arte abyecto, Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

El tiempo y la cultura constitucional¹

Time and constitutional culture

O tempo e a cultura constitucional

Temps et culture constitutionnelle

时间与宪政文化

Peter Häberle²

Universidad de Friburgo - Alemania

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 59-125

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e416>

Recibido: 01/07/2020

Aprobado: 11/08/2020

¹ La contribución original *Zeit und Verfassungskultur* forma parte de la obra colectiva *Die Zeit*, Escritos de la Fundación Carl Friedrich von Siemens, tomo 6, editado por A. Peisl y A. Mohler, 1983 e incluido en las páginas 289-343. (La pregunta por el tiempo - "tiempo" no como "nuestra época", sino como dimensión - nos descubre visiones sobre el ser del hombre y su posición en el mundo. Científicos naturalistas y humanistas tratan de responder en este libro a esta cuestión desde sus diferentes posiciones). La traducción fue realizada por Irene Weinmann de Knoop, Traductora Pública de Alemán (UBA) y la Lic. Sylvia Lenz, Docente de la Facultad de Ciencias Sociales (UBA), con conocimiento y autorización del autor. Peter Häberle autorizó a la Dirección y al Prof. Dr. Raúl Gustavo Ferreyra la publicación exclusiva en español en Revista Derechos en Acción.

² Doctor en Derecho por la Universidad de Friburgo. Catedrático en las Universidades de Friburgo, Mannheim, Marburgo y Bochum. Catedrático de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Eclesiástico en la Universidad de Bayreuth (Alemania), donde ejerce actualmente sus tareas docentes e investigadoras. Publicó más de 50 libros sobre Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Filosofía del Derecho y temas afines y cerca de mil artículos, ensayos y notas en libros colectivos, revistas y periódicos de Alemania y del extranjero. Doctor honoris causa múltiple en Universidades europeas y latinoamericanas, entre ellos por la Universidad de Buenos Aires.

Resumen: En el presente trabajo, el destacado jurista alemán, nos invita a reflexionar sobre el “tiempo” a la luz de la Constitución y la cultura constitucional. En el mismo, siguiendo su premisa general de que las constituciones son textos que poseen un significado jurídico y un significado cultural, nos recuerda que las mismas se nos presentan como garantes de la continuidad y el cambio. Así, el maestro Häberle nos enseña que la Constitución no es solamente un reglamento normativo, sino también la expresión de un estadio del desarrollo cultural, un medio para la auto-representación cultural de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas. Nos apunta que el abordaje del problema del tiempo en el derecho constitucional se pone a prueba frente a la necesidad de la preservación de una específica herencia cultural en interés de las futuras generaciones. En ese sentido, sostiene que la Constitución debe pensarse desde un inicio teniendo en cuenta y asumiendo la responsabilidad por los que van a venir, “la Constitución de hoy lleva en sí misma una parte de la Constitución del futuro”, acota. En concreto, nos dejará dos interrogantes abiertos en ese sentido: el cuidado del medioambiente y los límites del endeudamiento del Estado.

Palabras clave: Constitución; Interpretación constitucional; cultura constitucional

Abstract: In this paper, the prominent German jurist Peter Häberle invites us to reflect on “time” based on the Constitution and constitutional culture. In it, following its general premise that constitutions are texts that have a legal and cultural meaning, it reminds us that they are presented to us as guarantors of change and continuity. Thus, Häberle teaches us that the Constitution is not only a normative regulation, but also the expression of a phase of cultural development; a implement for the cultural self-representation of a people, a reflection of their cultural heritage and the fundament of their hopes. He points out that the approach to the problem of time in constitutional law is tested against the need to preserve a specific cultural heritage in the interest of future generations. In this sense, he argues that the Constitution should be thought from the beginning taking into account and assuming responsibility for those who are to come, “the Constitution of today carries in itself a part of the Constitution of the future,” he says. Specifically, it will leave us two open questions in this regard: caring for the environment and the limits of the State’s indebtedness.

Keywords: Constitution; Constitutional interpretation; constitutional culture

Resumo: No presente trabalho, o proeminente jurista alemão convida-nos a reflectir sobre o “tempo” à luz da Constituição e da cultura constitucional. Nele, seguindo sua premissa geral de que as constituições são textos com significado jurídico e significado cultural, recorda-nos que as mesmas nos são apresentadas como garantes da continuidade e da mudança. Assim, o mestre Häberle ensina-nos que a Constituição não é apenas um regulamento normativo, mas também a expressão de uma etapa de desenvolvimento cultural, um meio para a auto-representação cultural de um povo, um reflexo de sua herança e fundamento de suas esperanças. Ele aponta-nos que a abordagem do problema do tempo no direito constitucional é posto à prova frente a necessidade da preservação de uma específica herança cultural específico, no interesse das gerações futuras. Neste sentido, defende que a Constituição deve ser pensada desde o início tendo em conta e assumindo a responsabilidade por aqueles que virão, “a Constituição de hoje traz dentro de si uma parte da Constituição do futuro”, observa. Especificamente, vai nos deixar com duas perguntas nesse sentido: o cuidado do ambiente e os limites do endividamento do Estado.

Palavras-chave: Constituição; interpretação constitucional; cultura constitucional

Résumé: Dans cet article, l'éminent juriste allemand nous invite à réfléchir sur le « temps » à la lumière de la Constitution et de la culture constitutionnelle. En elle, suivant sa prémisse générale selon laquelle les constitutions sont des textes qui ont un sens juridique et culturel, elle nous rappelle qu'elles nous sont présentées comme des garants de continuité et de changement. Ainsi, l'enseignant Häberle nous enseigne que la Constitution n'est pas seulement un règlement normatif, mais aussi l'expression d'une étape de développement culturel, un moyen d'auto-représentation culturelle d'un peuple, le reflet de son héritage culturel et le fondement de ses espoirs. Il souligne que l'approche du problème du temps en droit constitutionnel est mise à l'épreuve par rapport à la nécessité de préserver un patrimoine culturel spécifique dans l'intérêt des générations futures. En ce sens, il soutient que la Constitution doit être pensée dès le départ en prenant en compte et en

assumant la responsabilité de ceux qui sont à venir, «la Constitution d'aujourd'hui porte en elle-même une partie de la Constitution du futur», dit-il. Concrètement, cela nous laissera deux questions ouvertes à cet égard: le respect de l'environnement et les limites de l'endettement de l'État.

Mot-clés: Constitution; Interprétation constitutionnelle; culture constitutionnelle

摘要: 在这项工作中,著名的德国法学家邀请我们根据宪法和宪法文化反思“时间”。在它的基本前提下,宪法是具有法律和文化意义的文本,它提醒我们,宪法是作为连续性和变革的保证人而提出的。因此,哈伯勒老师告诉我们,宪法不仅是一项规范性法规,而且是文化发展阶段的表达,是人民的文化自我代表的手段,反映了他们的文化遗产和希望的基础。他指出,宪法法律中时间问题的处理方法是针对为了子孙后代的利益而保护特定文化遗产的需要进行检验的。从这种意义上说,他认为应该从一开始就考虑宪法,并考虑到对未来的人民负责。他说:“今天的宪法本身就是未来宪法的一部分。”具体而言,这将使我们在这方面有两个悬而未决的问题:关心环境和国家债务的局限性

关键字: 宪法, 宪法解, 宪政文化

Introducción: Dimensión macro - Dimensión micro - Ejemplos de la cotidianeidad

El intento por abordar el tema del “tiempo” a la luz de la Constitución y la cultura constitucional, comienza con un primer acercamiento a partir de ejemplos cotidianos y de polémicos interrogantes políticos (palabras claves: límites del endeudamiento del Estado, desechos atómicos). La problemática del tiempo se desdobra para la comunidad política en dos dimensiones: la primera, grande e “histórica”, puede caracterizarse como “la Constitución en el tiempo”. Es la *dimensión macro*. La segunda dimensión, o “pequeña” *dimensión micro*, puede ser caracterizada como “el tiempo en el derecho constitucional”. En el *ámbito macro* se analizan las constituciones y su legislación en la historia, en el *ámbito micro* se aborda el

tiempo en la actualidad del derecho constitucional concreto, es decir, para nosotros en la Constitución.

Comencemos con ejemplos acerca de cómo vivencia el ciudadano el tiempo en lo jurídico. Hasta el lego se encuentra familiarizado con figuras legales cotidianas referidas al aspecto temporal y pertenecientes a la dimensión micro: plazos, que de no ser cumplidos, conducen a la pérdida de derechos; la prescripción de derechos o de la posibilidad de una persecución penal para salvaguardar la paz jurídica. Los fallos judiciales adquieren validez legal, los actos administrativos de una autoridad pública adquieren vigencia. Algunos padres contemplarán el establecimiento de la mayoría de edad de sus hijos a los 18 años con sentimientos encontrados, de la misma manera percibirán algunos políticos la disminución de la edad para ejercer el derecho al voto. Pensemos también en los períodos legislativos del Parlamento o en los períodos del mandato de los gobernantes como un ejemplo de control y legitimación del poder político en las democracias, lo cual se hizo evidente hace muy poco en la así llamada “des-elección” de *Carter* y *Giscard* (1980 y 1981 resp.).³ Se podrían señalar gran cantidad de otras formas jurídicas vinculadas a la temporalidad de los acontecimientos cotidianos. En el campo problemático de la protección jurídica, la interrelación entre justicia y temporalidad no se muestra sólo en la discusión acerca de la duración de los procedimientos contencioso-administrativos (por ejemplo,

³ El factor tiempo juega un rol diferente según el ámbito de función estatal. El período electoral de 4 años del Parlamento alemán, por ejemplo, se corresponde con su función de órgano parlamentario; sin embargo, la restricción a 12 años de la duración en el cargo de los jueces del Tribunal Constitucional Federal (§ 4 BVerfGG) no resulta lógica, ya que anteriormente eran elegidos para cubrir el cargo con carácter vitalicio. El principio de adjudicar solamente por un tiempo ciertos cargos públicos en diferentes entidades o funciones, se justifica desde muchos aspectos: evitar el abuso de autoridad, legitimación democrática, apertura frente a nuevos desarrollos, etc., y en parte también fortalecimiento de la independencia (judicial): el tiempo y la función (pública) se hallan específicamente vinculados. En sentido inverso, también es válido que un mandato es entregado por un tiempo determinado y debe ser asumido responsablemente por el mandatario, quien sólo debería ser relevado de su cargo anticipadamente en situaciones excepcionales.

en el caso de la solicitud de asilo y en los procedimientos de autorización relativos a la ley de instalaciones nucleares) o en la “protección jurídica provisional” (como en el caso de los procesos de *numerus clausus*); ya los enormes “lapsos de tiempo” que insumen, por ejemplo, los procesos vinculados al nacional-socialismo (como el proceso de *Majdanek*) o en el caso *König*⁴ demuestran, cómo puede verse afectada la justicia (ya sólo) por una excesiva duración del proceso judicial.⁵

Escritos de conmemoración como “30 años de República Federal – Tradición y cambio”⁶ nos recuerdan cuán fuerte es la influencia del tiempo en nuestra acreditada Constitución, ya que en estas tres décadas se sucedieron no menos de 34 modificaciones formales del texto constitucional: la dimensión macro se torna visible. La ciencia del derecho constitucional no se halla sola en este punto: desde un enfoque general, es decir en el aspecto *cultural*, se “redescubre” la *historia*. Esto se inicia con los esfuerzos por recuperar para el Liceo un “canon de materias, textos y valores”⁷, y conduce tanto hacia la reconcientización de los estudiantes con relación a la historia constitucional como hacia la búsqueda de una manera de contribuir a la “superación de la ahistoricidad de la democracia alemana”⁸.

⁴ EuGH Derechos Humanos, NJW 1979, p. 477 ss. Podría haberse decidido “correctamente” a partir del Art. 19, inc. 4, Art. 103, inc. 1 GG. Ver ahora BVerfGE 55, 349 (369): “Una protección legal eficiente también significa una protección legal en un tiempo acorde”. Véase también BVerfGE 55, 1 (6): la audiencia judicial evita que “se tomen decisiones apresuradas”.

⁵ Un ejemplo para el trabajo con argumentaciones sobre el tiempo en la determinación del *derecho consuetudinario*: BVerfGE 34, 293 (304).

⁶ Título del tomo publicado por J. Becker 1979; además: D. Merten/R. Morsey (Ed.), 30 años de Ley Fundamental, 1979. En revistas especializadas: H. Maier, H. Ridder, U. Matz y A. Grosser, en: PVS 20 (1979), p. 156 ss., 168 ss., 183 ss. también 190 ss.; H. Weichmann, en: DVBl. 1979, p.364 ss.; G. Hartkopf, H. Schnoor y M. Rommel, en: DÖV 1979, p. 349 ss., 355 ss., también 362 ss.

⁷ Cf. K. Adam, en: FAZ del 15/12/1980, p. 21.

⁸ P. Glotz, citado en FAZ del 16/12/1980, p. 2 – P. Lerche reflexiona como mentor de una serie de trabajos de la empresa Siemens sobre el tema “La neurosis alemana” (Escritos de la Fundación Carl Friedrich von Siemens, editados por A. Peisl y A. Mohler, tomo 3, 1980, p. 238, 240) acerca de la siguiente idea: Un pueblo recién es capaz de actuar cuando está en condiciones de relatar su historia y de identificarse con ella y a partir de ella.

Especialmente polémicas son hoy en día dos cuestiones jurídicas, bajo las cuales la problemática del tiempo adquiere una nueva dimensión al basarse en la comprensión de la Constitución como un “contrato generacional”: en primer lugar, la protección de las futuras generaciones de los “desechos atómicos”; en segundo lugar, la pregunta acerca del límite del endeudamiento del Estado; ambas cuestiones que deben ser abordadas por el bien de las futuras generaciones. Estos interrogantes tienen varios puntos en común: el texto positivo de la Ley Fundamental (GG) nos abandona aquí. Por ello es preciso argumentar a partir de la interpretación de la Constitución y desde un profundo análisis cultural: Una Constitución entendida como contrato (social) dinámico en el sentido de una “convivencia constantemente resignificada”, ¿no implica también la protección de las futuras generaciones, de sus bienes culturales como sustrato material e inmaterial de su vida, su entorno y su libertad frente a cargas impositivas desmesuradas? El actual intérprete de la Constitución y político también se encontraría entonces ante limitaciones temporales correspondientes a la dimensión macro. A estos interrogantes teóricos podría responder el tema “tiempo y cultura constitucional”. Porque la “cultura” remite a responsabilidades y compromisos que un punto de vista puramente jurídico no sería capaz de reconocer.

1. Evaluación de la situación: El problema del tiempo en la práctica y la teoría constitucional

1.1. Puntos de partida de la discusión

El Estado constitucional de carácter occidental se distingue por reconocer la dignidad humana como premisa, la soberanía del pueblo y la división de poderes, los derechos fundamentales y la tolerancia, la diversidad de partidos políticos y la autonomía de los tribunales; con buenas razones se lo elogia como democracia pluralista, o dicho de otra manera, como sociedad abierta. A su Constitución, entendida como reglamentación jurídica fundamental del Estado y la sociedad, le corresponde una

vigencia jurídica formal elevada. Ella posibilita un momento de estabilidad y permanencia; un ejemplo impresionante es la Constitución americana con más de 200 años de existencia. Por esta permanencia en el tiempo – en el Art. 79 inc. 3, la Ley Fundamental presenta en defensa de los principios fundamentales y al igual que algunas otras Cartas Magnas, una “pretensión de perpetuidad”! - se tornan necesarios instrumentos y procedimientos, gracias a los cuales la Constitución como “proceso abierto”⁹ pueda adaptarse de manera flexible a transformaciones, sin que el sentido de la misma se vea alterado: esto es “estímulo y barrera” en el sentido de *S. R. Smends*, y también “norma y tarea” (*U. Scheuner*) y “limitación y racionalización” del poder estatal (*H. Ehmke*), pero también del poder social. Justamente la Constitución nacional de los EEUU conoce, a pesar de las numéricamente escasas modificaciones sufridas por la misma en sus 200 años, procedimientos de cambio: especialmente por sentencias de jueces del Tribunal Constitucional.

El derecho público alemán se dedicó más específicamente al tema del tiempo recién en los años 70. Tanto la euforia reformista de esos años como también los jubileos constitucionales y el justificado orgullo por nuestra Ley Fundamental y su historia, podrían haber contribuido a la discusión del tema tiempo. Así hallamos que en 1974 las palabras claves “tiempo y Constitución”¹⁰, y más tarde su transformación en “Constitución y tiempo”¹¹; las palabras de *W. Maibofer* acerca de la “ciencia jurídica como ciencia del futuro” (1971) y los estudios

⁹ Véase P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978.

¹⁰ P. Häberle, *Zeit und Verfassung*, en: *ZfP* 21 (1974), p. 111 ss., ahora en: *Ibid.*, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 59 ss.

¹¹ Cf. M. Kloepfer, en: *Der Staat* 13 (1974), p. 457 ss.; W. R. Schenke, en: *AöR* 103 (1978), p. 566 ss. Más literatura acerca del tema: W. Fiedler, *Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung*, 1972; G. Dürig, en: *FS Tübinger Juristenfakultät*, 1977, p. 21 ss. Anteriormente: H. U. Evers, en: W. Weber/C. H. Ule/O. Bachof (ed.), *Rechtsschutz im Sozialrecht*, 1965, p. 63 ss.; R. Bäumlín, *Staat, Recht und Geschichte*, 1961, p. 9 ss.; S. Rosenne, *The time factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, 1960; K. Engisch, *Vom Weltbild des Juristen*, 2ª edición, 1965, p. 67 ss.

tempranos de *G. Husserl* sobre “Derecho y tiempo” (1955) fueron tan motivantes como el descubrimiento de la planificación como “nueva” función del Estado.¹² También el “principio esperanza” de *Ernst Bloch* podría ser un incentivo permanente para tematizar la dimensión del tiempo en la vida en sociedad y reflejarla concientemente en el derecho.¹³

La mayoría de los trabajos actuales sobre el tema del tiempo se caracterizan por dos cuestiones: en primer lugar, pierden de vista la ambivalencia de *Jano* con relación al “tiempo”: el tiempo se contempla con entusiasmo de descubridor especialmente con vistas al futuro, el aspecto tradicional no es trabajado con la misma profundidad ni de manera diferenciada. Pero como la particularidad del Estado constitucional es el entretejido *flexible* de momentos dinámicos y estáticos, debe ser posible analizar la tradición y/o la herencia y el presente y/o el futuro, prospectivamente con sinceridad. Aunque cambien los intereses y las necesidades a lo largo de la historia del desarrollo de una Constitución, en la teoría constitucional se deben abordar desde un principio *ambas* perspectivas. En segundo lugar, el tema del tiempo no es analizado ni en lo metodológico ni conceptualmente más allá de lo estrictamente jurídico: por ejemplo desde un punto de vista *cultural amplio*, cultura de la cual la Constitución y el derecho no son más que una parte. El nuevo libro de *R Wendorff* “Tiempo y cultura” de 1980 se convierte por esta razón en un desafío para continuar desarrollando nuestro

¹² Al respecto ver J. H. Kaiser, en: J. H. Kaiser (ed.), *Planung*, tomo 1, p. 7, 31 ss.

¹³ La *Utopía*, un texto clásico para el estudio de las ciencias del Estado, introduce de manera utópica al futuro directamente en el presente. El futuro cumple una función en el hoy: como esperanza, pero también como alivio del presente. No sería osado decir, que las utopías son indispensables para el pensar y actuar político. Su “élan créateur” es siempre un desafío para el presente y sus posibilidades. ¡También el actual Estado constitucional ha sido alguna vez una utopía! La corriente crítica que vincula las utopías implícita o explícitamente al presente —muchas veces por desplazamiento de espacio y tiempo al plano utópico— es también imprescindible en una sociedad abierta. Es un medio legítimo de crítica a las condiciones vigentes, por más “insoportables” que parezcan las utopías muchas veces. Lo peculiar en este caso es, que la literatura determina aquí con ayuda de una maniobra que desplaza espacio y tiempo, una ciencia básica como la teoría del Estado y la teoría constitucional.

tema “Tiempo y Constitución” de 1974 como “Tiempo y *cultura constitucional*”.

1.2. Instrumentos del Estado constitucional y procedimientos para la vinculación de la Constitución con el tiempo

Al comparar diferentes constituciones occidentales, puede observarse que éstas rinden tributo al factor tiempo en dos sentidos:

- 1) Mirando *hacia atrás* (retrospectivamente): al pasado, la tradición y la transmisión oral, a los orígenes y a la “herencia cultural”.
- 2) Mirando *hacia adelante* (prospectivamente): al futuro, lo que será (por ejemplo, en forma de las así llamadas “modificaciones de la Constitución”, cláusulas experimentales legales, efecto anticipado de leyes y de tratados internacionales o modificaciones del texto constitucional).

En el espacio de tensión entre *ambas* dimensiones, en la *interacción* entre los procesos más fuertemente tradicionales y los más prospectivos, “vive” la Constitución de las sociedades abiertas, cuya característica distintiva es justamente el reconocimiento de las *no simultaneidades* del desarrollo de las sociedades (y con esto del pluralismo). A largo plazo se llega, atravesando ambas dimensiones, a *procesos culturales de producción y recepción*, de los cuales participan las constituciones y a través de ellas todos los intérpretes de una sociedad abierta: funcionarios estatales y públicos, legisladores y partidos, ciudadanos y grupos, la Corte Suprema de justicia y los tribunales inferiores, que son más que los así llamados “tribunales específicos”, la teoría del derecho público y también otras ciencias, hasta (y en especial) el arte.

En detalle:

1.2.1. Vinculación de la Constitución a la tradición y al origen

Las constituciones no surgen de una *tabula rasa* ni en una hora cero en lo cultural. Aún si se han originado como resultado de procesos revolucionarios, se reconocen formas de vinculación

con hallazgos previos, se conservan huellas de la vieja cultura del derecho (constitucional). La Ley Fundamental y desde 1946 las constituciones de los Länder alemanes, conocen instrumentos diferenciados para la incorporación de la tradición y las tradiciones. Su tratamiento debe ser *previo* a la discusión acerca de la modificación de las constituciones.

a) Cláusulas de recepción y de “herencia cultural”

En primer lugar se encuentra la *recepción explícita* (tradición a través de la recepción): ejemplos como el Art. 140 de la Ley Fundamental (la adopción del derecho público eclesiástico de Weimar), pero también cláusulas de la tradición como el Art. 12 inc. 2 de la Ley Fundamental o el Art. 123 inc. 1 de la Ley Fundamental (“las normas jurídicas existentes con anterioridad a la reunión del Parlamento Federal continuarán vigentes, en tanto no se contradigan con lo expresado en la Ley Fundamental”) son formas clásicas de recepción en un Estado constitucional.¹⁴ Por lo demás, existe una cantidad interesante de *recepciones más o menos tácitas*, especialmente en la parte dogmática.¹⁵

¹⁴ Otros ejemplos: cf. el Art. 178 inc. 2, p.1 e inc. 3 WRV; ver también las reglamentaciones en el Art. 170 inc. 3 p.1, 174 p.1 WRV. Además: el Art. 94 inc. 3 de la Constitución de Baden Württemberg; el Art. 186 incisos 2 y 3 de la Constitución de Baviera; el Art. 85 de la Constitución de Berlín; el Art. 151 inc. 2 de la Constitución de Hessen (modificación de la “unidad jurídica existente” sólo por un motivo inexcusable); el Art. 55 de la Constitución de Niedersachsen; el Art. 137 de la Constitución de Rheinland Pfalz; el Art. 132 de la Constitución de Saar con una cláusula de *adaptación*. Véase también el Art. 56 inc. 2 de la Constitución de Niedersachsen: “estas instituciones regionales heredadas de los (sc. antiguos) Länder...”. De vez en cuando se hacen justamente allí referencias a *futuras* Constituciones: el Art. 152 de la Constitución de Bremen; véase también el Art. 153 inc. 2 de la Constitución de Hessen: “la legislación futura de la República Alemana prevalece sobre la legislación de los Länder”. Además: el Art. 141 de la Constitución de Rheinland Pfalz.

¹⁵ Para ello véase P. Häberle: Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 inc. 2 GG, primera edición 1962, p. 162 ss.; véase también P. Lerche, en: ZP 78 (1965), p. 1 (11 ss.). Si se revisan las Constituciones de los Länder alemanes desde 1946, se hallan cláusulas de recepción referentes al Art. 140 de la Ley Fundamental (como el Art. 5 de la Constitución de Baden Württemberg, el Art. 22 de la Constitución de Nordrhein Westfalen), acerca de cómo el *derecho público eclesiástico* en Alemania no es solamente, como lo demuestra el Art. 140 de la Ley Fundamental, una materia “*plena de recepción*”, compárense por ejemplo las garantías de los convenios

Culturas jurídicas como el derecho del ciudadano, el Código Civil Alemán (BGB),¹⁶ vivieron de esta manera grandes transformaciones constitucionales¹⁷, a veces por medio de un “salto de recepción” por encima de períodos – como el así llamado “Tercer

eclesiásticos en el Art. 8 de la Constitución de Baden Württemberg o la garantía de *status quo* en el Art. 7 inc. 1 (las prestaciones a las iglesias quedan garantizadas); similar es el Art. 145 inc. 1 de la Constitución de Baviera, el Art. 133, inc. 1, párr. 2 de la Constitución de Baviera: “comunidades religiosas reconocidas”; ver también el Art. 37, inc. 2, de la Constitución de Saar; el Art. 60 inc. 2 de la Constitución de Hessen: garantías de *status quo* para las facultades teológicas de las Universidades. También se encuentran referencias a “prácticas diferentes” (Art. 10 de la Constitución de Baden Württemberg). En todos los sitios en que se hallan referencias a *valores culturales cristianos* aparece más o menos claramente el aspecto de la recepción, comp. Art. 3 inc. 1, párr. 3, de la Constitución de Baden Württemberg: “tradición cristiana”; Art. 16 inc. 1 de la Constitución de Baden Württemberg: “valores cristianos y occidentales en la formación y la cultura”. Ver también BVerfGE 41, 29 (52). También las garantías de los feriados se encuentran bajo la influencia de la tradición, comp. Art. 147 de la Constitución de Baviera: “Los domingos y los feriados oficialmente reconocidos quedan legalmente protegidos como días de introspección espiritual y descanso laboral”, de la misma manera ver Art. 53 de la Constitución de Hessen. Significativo es el Art. 3, inc. 1, párr. 2, de la Constitución de Baden Württemberg: “De este modo debe salvaguardarse la tradición cristiana”. Ocasionalmente se extienden las garantías de *status quo*, por ej., Art. 6, inc.3, de la Constitución de Nordrhein Westfalen: “La participación de las iglesias y comunidades religiosas, así como también (!) de las asociaciones de beneficencia..., debe garantizarse y promoverse”. Pero el 1° de mayo ha sido alguna vez un feriado “revolucionario” ganado a través de duras luchas. La *conservación de monumentos históricos* y la *protección del paisaje* son otros rubros que se encuentran regulados desde un punto de vista tradicional y de recepción, comp. por ej. el Art 141 de la Constitución de Baviera; el Art. 62 de la Constitución de Hessen. Las Constituciones de los Länder alemanes son citados según C. Pestalozza (ed.), 2ª edición, 1981.

¹⁶ Y en su contexto histórico también el derecho de responsabilidad del estado, cf. con el trabajo reciente de P. Badura, en: NJW 1981, p. 1337 (1339 ss.).

¹⁷ De esta manera pueden perder relevancia en el texto constitucional importantes instituciones, ¡hasta pueden desaparecer! Un ejemplo es el principio del carácter público de la jurisprudencia. En el Art. X §178 de la Constitución de la Iglesia de San Pablo aún se puede leer: “El proceso judicial debe ser público y oral”. En la Ley Fundamental falta una norma de este tipo (sin embargo véase el Art. 90 de la Constitución de Baviera: ¡establece por principio procesos judiciales públicos!). Su contenido debe contemplarse, sin embargo, en el Art. 92 de la Ley Fundamental (algo similar vale para la autonomía municipal programada en el Art. XI §184 *ibid.* y en el Art. 28, párr. 2, de la Ley Fundamental). En el Art. 109 WRV debía decir además en el párr. 3: “Los privilegios o desventajas jurídico-públicas de nacimiento o de posición social deben abolirse; las denominaciones de los nobles sólo valen como parte del nombre...”. En el art. 3 de la ley Fundamental esto se ha presupuesto en forma inmanente. Muchos de los principios mencionados aún individualmente en el art. 129 WRV forman parte ahora de los “principios tradicionales” del servicio público de carrera” según el Art. 33, párr. 5 de la Ley Fundamental. Considerado de esa manera, las constituciones crean de diversas formas una continuidad de la recepción explícita o tácita.

Reich". En el medio de la „interpretación histórica“, como el medio clásico de corresponsabilizar jurídicamente al pasado¹⁸, se constituye así un “cuadro de conjunto previo al derecho constitucional” (*H. Nawiasky*)¹⁹ para su conexión con el pasado²⁰. A causa de la naturaleza de nuestro tema de estudio deben considerarse especialmente aquellos principios constitucionales que refieren de manera intensiva a profundas dimensiones de la cultura constitucional. Nos referimos a normas que se remiten a aspectos de la “*herencia cultural*”, plasmadas principalmente en los preámbulos²¹ pero también en otros textos jurídicos²².

¹⁸ Ver también Ch. Starck, VVDStRL 34 (1976), p. 43 (72); P. Häberle, *Zeit und Verfassung* (1974), ahora en: *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 59 (76 ss.).

¹⁹ H. Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre*, 2da. edición, 1984, p. 130 ss.; ver también BVerfGE 56, 22 (28): “Visión general del derecho procesal preconstitucional”.

²⁰ No se deben realizar interpretaciones a-temporales para evitar la formación de “fósiles constitucionales”; cf. críticamente W. R. Schenke, AöR 103 (1978), p. 566 (584). Ejemplos de los peligros de estas “petrificaciones” se encuentran fácilmente a partir del análisis de los “principios tradicionales del servicio público de carrera” (Art. 33 inc. 5 GG). Las recepciones de los textos (jurídicos) hallados no son exclusivamente una recepción “pasiva”. Los textos incorporados alcanzan en sus nuevos con-textos nuevas dimensiones y contenidos correspondientemente transformados. En sentido inverso, modifican a su vez a estos con-textos. De esta manera, también en este caso tiene lugar una interacción entre recepción (cultural) y producción.

²¹ Cf. Con el Preámbulo de la Constitución de Hamburgo: „Como ciudad portuaria cosmopolita se le adjudica una misión condicionada por su historia y su ubicación...”. Preámbulo de la Constitución de Baviera: “Más de mil años de historia”. Quizás la más amplia descripción de la herencia cultural –superadora de lo exclusivamente jurídico- sea la que se encuentra en la Preámbulo de MRK del año 1950: “...decididos, como gobiernos de Estados Europeos que comparten un mismo espíritu y poseen una herencia compartida de bienes espirituales, tradiciones políticas, preservación de la libertad y vigencia de las leyes...”. Los preámbulos demuestran ser, además, aquellas partes constitutivas de los textos jurídicos que le otorgan mayor espacio a lo cultural en sentido amplio y que constituyen los puentes entre éste y el texto jurídico más formal. Ya la Constitución del Consejo Europeo del 5/5/1949 establecía puentes entre lo espiritual y los principios jurídicos en su preámbulo: “...en inquebrantable unión entre lo espiritual y los valores, que son la herencia común de sus pueblos y la base de la libertad personal, la libertad política y el dominio del derecho, principios en los que se fundamenta toda democracia real”. La *Carta Social Europea* (CSE) de 1961 invoca ya en su preámbulo los ideales y fundamentos que constituyen la “herencia común” de los integrantes del Consejo Europeo; al mismo también promueve el “desarrollo de los derechos humanos y de las libertades básicas”. Para información general ver: P. Häberle: *Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen*, FS Broermann, en prep.

²² Cf. Art. 1 del *Convenio Cultural Europeo* del 19/12/1954 (citado en F. Berber, *Völkerrecht, Dokumentensammlung*, tomo 1, 1967): “Cada parte del convenio tomará medidas adecuadas

b) Textos clásicos y metas educativas

Los textos clásicos y las metas educativas son “canales de transmisión” culturales similarmente efectivos para la tradición.

Textos clásicos como los de *Locke* y *Montesquieu*²³ impulsaron la conformación del Estado constitucional y lo perfeccionaron. Lo que en tiempos de *Tomás Moro* y aún después había sido una “utopía”, es hoy en día el ejercicio cotidiano de las conquistas del Estado constitucional: pensemos en elementos del Estado de derecho, la limitación de la fuerza pública a través del derecho a la resistencia como *ultima ratio*. En la historia (constitucional) reciente, estos textos clásicos se constituyen siempre de nuevo en objetos de legitimación y de desafío para el Estado constitucional. No solamente los “Federalist Papers” de 1788 para los EE.UU., sino también viejos y nuevos textos (desde *Sófocles* hasta *Brecht*) referidos a la dignidad humana²⁴, almacenan conocimientos culturales y experiencias que sobreviven al constitucionalista “positivo”. Los analistas constitucionales del futuro podrán reinterpretar los textos viejos, ¡pero no los deberán archivar! A modo de ejemplo quiero recordar, cómo una y otra vez se contraponen las ideas de *Montesquieu* y *Rousseau* para facilitar la comprensión de lo que es la democracia en la Ley Fundamental.²⁵

En conclusión, las metas educativas explícitas así como aquellas generadas a partir de la interpretación transmiten *bienes culturales* (según Art. 131 inc. 2, 136 inc. 2, de la Constitución de Baviera, por ejemplo, tolerancia, dignidad humana,

para la preservación y el fortalecimiento de su contribución a la herencia cultural común de Europa”. Ver también Art. 5 *Ibíd.*: “Como parte constituyente de la herencia cultural común de Europa”. Todas estas formas de recepción son una parte de la legitimación del presente a partir de la tradición.

²³ Detalles con respecto a lo siguiente en: P Häberle, *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981, p. 11 ss. 35, 47 ss. De la literatura ver también T. S. Eliot: *Was ist ein Klassiker?* (1944), 1963.

²⁴ Al respecto ver mi conferencia sobre dignidad humana brindada como profesor invitado en Atenas y publicada en: *Rechtstheorie* 11 (1980), p. 389 (420s., 423s.).

²⁵ Por ejemplo con relación a los Art.38 a 21 de la GG.

reconciliación de los pueblos, etc.) y expresan en parte la “herencia cultural”.²⁶ En este sentido cumplen la función de instrumento para la estabilización de lo previamente hallado y al mismo tiempo se orientan hacia el futuro: *fundamentan* la sociedad abierta desde *lo cultural* y más allá de lo jurídico, asegurando así el Estado constitucional para las futuras generaciones. Con la *recepción* también se puede recibir el cambio: de esta manera, después de los diferentes pasos de superación del pasado, se consideran el presente y el futuro.

1.2.2. La interpretación del factor tiempo en el presente y el futuro

Los métodos e instrumentos para la interpretación jurídico-constitucional del factor tiempo con vistas al *presente*²⁷ y al *futuro* son variados; una interpretación constitucional más “dinámica”²⁸ adquiere una importancia primordial. Clasificándolos según el grado de formalización, se obtiene el siguiente cuadro:

a) Cláusulas de futuro y progreso

Una forma especial de reivindicación de los textos constitucionales del *futuro* se encuentra en diversas variantes: en la fijación absoluta, “eterna”, de determinados principios – similar al Art. 79 inc. 3 Ley Fundamental²⁹-, en la formulación de una

²⁶ Detalles en P. Häberle, Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag, 1979, p. 29 ss.; ibíd. en: FS Hans Huber, 1981; p. 211 ss.; ibíd. en: RdJB 28 (1980), p. 368 ss.

²⁷ No olvidemos que el factor tiempo también remite al *presente*. En el derecho constitucional esto se denomina “validez”, afirmación y aceptación de parte de los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, capacidad de imposición y presencia en la conciencia de la comunidad jurídica. A pesar de ello el “presente” podría ser más bien un tema de gestión, ver P. Kirchhof, Verwalten und Zeit. Acerca de una gestión referida al presente, en plazos temporales adecuados y no anacrónicos, 1975, en especial p. 2 ss., con referencia a G. Husserl, Recht und Zeit, 1955, p. 42 ss., 52 ss.

²⁸ Cf. con un enfoque de orientación más “estática”: W. Leisner, en: Der Staat 7 (1968), p. 137 ss.

²⁹ Cf. Art. 16 Decl. 1789; Art. 110 inc. 1 de la Constitución de Grecia (1975); Art. 130 de la Constitución de Bélgica; Art. 9 de la Constitución de Turquía (1961); Art. 89 inc. 5 de la Constitución de Francia (1958); Art. 75 inc. 1, párr. 2, de la Constitución de Baviera (1946).

“pretensión de validez³⁰ para siempre vigente”, o en la negación permanente de situaciones legales antiguas especialmente reprobables, como la servidumbre y el título.³¹ La profunda superación del pasado se convierte aquí en grandes pretensiones para el futuro. Otra tematización del futuro se halla en constituciones que hablan explícitamente de un “futuro prometedor”³² y que se dirigen a las futuras generaciones alemanas³³, que exigen a la República el estímulo al desarrollo cultural³⁴ o que invocan el “*progreso*”: en cláusulas, que se expresan en la garantía del feriado del 1º de mayo como manifestaciones a favor del progreso (Art. 32 de la Constitución de Hessen 1946) o en un sentido aún más amplio.³⁵ Los *dos aspectos* de una cultura, el tradicional como el prospectivo, se expresan aquí claramente.³⁶

b) Cambios constitucionales en virtud de la interpretación constitucional

De manera relativamente disimulada y sin formalización alguna tiene lugar la *transformación de la Constitución*³⁷ en virtud

³⁰ Es el caso del Art. 25 inc. 2, de la Constitución de Grecia (1975): “derechos humanos sempiternos”.

³¹ “La servidumbre quedará suspendida por siempre”: § 25 de la Constitución de Baden Württemberg (1819); similar es el Art. IX §166 de la Constitución de la Iglesia de San Pablo; Art. II § 137 *Ibid.*: “Todos los títulos... quedarán suspendidos y no podrán ser introducidos nunca más”. Art. 186 inc. 1 de la Constitución de Baviera (1946): “La Constitución de Baviera del 14 de agosto de 1919 es (!) abolida”.

³² Preámbulo de la Constitución de Hessen (1831); ver también el “futuro” en el preámbulo de la Constitución de Hessen (1946).

³³ Como la orientación generacional del preámbulo de la Constitución de Baviera (1946).

³⁴ Art. 9, inc. 1 de la Constitución de Italia (1947).

³⁵ Preámbulo de la Constitución de España (1978): “Fomentar el desarrollo de la economía y la cultura”. Ver también Art. 41 inc. 2 de la Constitución de Turquía. Referencias a *futuras* constituciones son casos especiales: Art. 152 Bremen; 153 inc. 2, Hessen; 141 Rheinland Pfalz.

³⁶ Significativo es el Art. 9 de la Constitución de Italia: La República fomenta el desarrollo cultural (inc. 1), protege el paisaje y la herencia histórica y artística de la Nación (inc. 2). Los textos son citados según P. C. Mayer Tasch, *Die Verfassungen der nichtkommunistischen Staaten Europas*, 2ª edición 1975, según E. R. Huber, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, tomo 1, 1961, y también según C. Pestalozza (ed.), *Verfassungen der deutschen Bundesländer*, 2ª edición 1981.

de la *interpretación*, es decir sin modificaciones explícitas del texto. Sólo por medio de la interpretación, ya sea a través de los tribunales, de las acciones del Estado, de la opinión pública y la ciencia, o de la interrelación de todo en su conjunto, se alcanza una comprensión nueva o diferente de la norma constitucional. La propiedad, por ejemplo también la del BGB de 1900, se ve expuesta así a un profundo cambio.³⁷ Esto comprende procesos de crecimiento, que con enormes resultados influenciaron principios constitucionales. Por ello, ya tienen muy poco en común la idea de Estado social de 1981 con, por ejemplo, la interpretación de la Ley Fundamental de 1949. También los siempre actuales³⁹ logros jurídicos que el BVerfG de 1960 obtuvo en la sentencia con respecto a la televisión, con referencia al Art. 5 de la Ley Fundamental⁴⁰, brindan un ejemplo de transformación a partir de la interpretación.⁴¹ Los límites –como el límite del texto– son ampliamente discutidos⁴² pero difíciles de establecer.

La *interpretación constitucional* es, según el método, en sí misma tanto retrospectiva⁴³ como prospectiva. ¡Los distintos métodos de interpretación no “organizan” otra cosa que

³⁷ El autor utiliza aquí el término “transformación de la Constitución” aunque, según su punto de vista, este término en realidad debería ser “descartado”: Cf. P. Häberle, *Zeit und Verfassung* (1974), en: *Ibid.*, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 59 (82 ss.). De la literatura referente al tema véase P. Lerche, en: *Festgabe für Maunz*, 1971, p. 285 ss.; K. Hesse, en: *FS für Scheuner*, 1973, p. 123 ss.; W. R. Schenke, en: *AöR* 103 (1978), p. 566 (585 ss.).

³⁸ Por último: T. Maunz, en: *BayVBl*. 1981, p. 311 ss. Sobre los problemas de la dimensión micro trabaja también C. Timm, *Eigentumsgarantie und Zeitablauf*, 1977.

³⁹ Cf. ahora nuevamente la decisión del BVerfG con relación a la ley de radio y televisión privada (BVerfGE 57, 295).

⁴⁰ BVerfGE 12, 205.

⁴¹ La literatura jurídica acerca de la transformación es casi inabarcable, cf. por ejemplo, J. Harenburg/A. Podlech/B. Schlink (ed.), *Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung*, 1980; W. Finkentscher/H. Franke/O. Köhler (ed.) *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, 1980; U. Immenga (ed.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980; cf. también el *Dictum* de T. W. Adorno: „En la cumbre de la ola de lo nuevo es donde se refugia lo antiguo, pero en su ruptura, no en su continuidad”.

⁴² Comp. K. Hesse, en: *FS U. Scheuner*, 1973, p. 123 (136 ss.).

⁴³ El BVerfG es en este sentido un “órgano de recepción” junto al que se encuentran quienes participan de la interpretación constitucional.

el tiempo! La interpretación histórica analiza el momento de la creación, la interpretación objetiva analiza el presente y la pronóstica el futuro. Quizás sea la imprevisibilidad general de los períodos temporales la razón por la cual hasta el momento ningún estudio metodológico haya podido atribuir la debida importancia a cada uno de los métodos de interpretación. Probablemente sea su relación mutua una función del tiempo, o sea flexible. Lo que “en general” significan las cláusulas de recepción por un lado y las modificaciones constitucionales por el otro – ya que transmiten la herencia y se dirigen al futuro-, es organizado por los métodos de interpretación “en particular”. Por supuesto, la interpretación constitucional difícilmente se ocupe *sólo* de la herencia o *sólo* del futuro. La relación mixta de los momentos tradicionales, actuales y futuros debería ser a su vez variable. La interpretación constitucional –comprendida “creativamente” como expresión de la (*public*) *law in action* en el sentido de *Esser*⁴⁴- se encuentra “tensada” de esta manera en el tiempo.

Si el BVerfG da lugar de manera jurídicamente funcional a las *decisiones de prognosis* de otras instancias estatales, en especial las del legislador,⁴⁵ es esta una forma de superación interpretativa del tiempo: una porción de futuro ya es tenida en cuenta ahora. Sin duda cada función estatal posee una porción de la competencia pronóstica. En la democracia le corresponde al legislador parlamentario el “primer paso”, pero no el monopolio. Finalmente podemos mencionar –estrechamente vinculado con lo anterior- la *interpretación organizada por resultados* como tributo al tiempo. Las modificaciones de la jurisprudencia son asimismo expresiones de la dimensión micro del “tiempo en el derecho constitucional” y también lo es la retroactividad de las leyes.

⁴⁴ J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, ha expresado de manera clásica la interpretación jurídica como suceso en el tiempo.

⁴⁵ Ver F. Ossenbühl, en: *Festgabe 25 Jahre BVerfG*, tomo 1, 1976, p. 458 ss. Ver por ejemplo BVerfGE 50, 290 (331 ss.); 56, 54 (78 y s).

c) Votos en disidencia

El *voto en disidencia (Sondervotum)* emitido por jueces constitucionales que realizan interpretaciones alternativas puede constituirse en una forma especial de anunciación y de promoción, hasta de aceleración de la “reforma constitucional”. En especial la historia de la jurisdicción constitucional en los EEUU ofrece ejemplos asombrosos⁴⁶, como en lo relativo a la legislación del New Deal de *Roosevelt*. También en nuestro caso ya se pueden hallar indicios de los efectos de la “jurisprudencia alternativa” a partir de votos en disidencia sobre el desarrollo de las sentencias del BVerfG.⁴⁷

Considerado en el tiempo, existen dos tipos de *votos en disidencia*: los *retrospectivos* y los *prospectivos*. Los votos en disidencia prospectivos son, en general, más espectaculares, porque les pertenece el futuro o al menos pareciera pertenecerles: a través de nuevas interpretaciones se distancian de lo sucedido, de lo hasta el momento reinante y a partir de nuevos descubrimientos ponen “productivamente” en cuestión el consenso establecido en el presente. Un ejemplo es el voto en disidencia de *Rupp von Brünneck* en lo relativo a las características del carácter de propiedad de la prestaciones sociales⁴⁸, que ahora fue adoptado en su conjunto por el BVerfG para el derecho jubilatorio⁴⁹, recientemente también el voto en disidencia de *Simon/Heußner* en lo concerniente al caso Mühlheim-Kärlich, que toma nuevas orientaciones surgidas en el ámbito científico y repiensa consecuentemente la cuestión del voto mayoritario.⁵⁰

⁴⁶ Ver W. Haller, *Supreme Court und Politik in den USA, 1972* (compárese también mi comentario en BVDI. 1973, p. 388 ss.).

⁴⁷ Pruebas de ello se encontrarán en P. Häberle, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979*, p. 24 ss.; una lista de los votos en disidencia se hallará en B. Zierlein, en: *DÖV 1981*, p. 83 (94 ss.).

⁴⁸ BVerfGE 32, 129 (141 ss.)

⁴⁹ BVerfGE 53, 257 (289 ss.)

⁵⁰ BVerfGE 53, 30 y 69; pero también K. Redeker, en: *NJW 1980*, p. 1593 ss. Como otro ejemplo “prospectivo” puede mencionarse el voto en disidencia de dos jueces del BayVfGH

El voto en disidencia de *Erwin Stein* en el caso *Mefisto*⁵¹ podría en este sentido convertirse en un voto en disidencia “prospectivo” y “productivo”, especialmente a partir de la reedición del libro de *Klaus Mann* en la Alemania de nuestros tiempos. El derecho personal de *G. Gründgens* pierde trascendencia, ya sea por anacrónico o como corrección de la opinión de la mayoría del senado. El límite entre lo legal y lo ilegal puede variar justamente a causa de la aparición de un voto en disidencia.⁵² La fuerza normativa de los votos en disidencia y su rol como “jurisprudencia alternativa” son especialmente visibles en este ejemplo, así como también lo es el proceso de producción y recepción que supera el aspecto puramente jurídico: la vitalidad de los procesos culturales se torna efectiva.

Los *votos en disidencia retrospectivos* expresan una opinión, justificación o resultado que ha sido sobrepasado, o mejor dicho “superado” (“*overruled*”) por los más “modernos” de la mayoría. Simplificando: el punto de vista “conservador” ha quedado reducido a la minoría.⁵³ Visto en contexto, es posible que a lo

en cuanto a la aplicación del Art. 141, inc. 3 p. 1 (acceso libre a las bellezas naturales) también para jinetes (BayVfGHE 28 (1975), 107, 135). Aunque la argumentación de este voto en disidencia pareciera ser retrospectiva en la primera parte –se remite a la voluntad del legislador constitucional y la jurisprudencia-, cobra mayor importancia la posterior argumentación que contempla desarrollos futuros y novedosos. Justamente por el gran incremento en la cantidad de jinetes se torna una medida con vistas al futuro el hecho de tomar en consideración los prejuicios hacia ellos expresados en el interés de terceros y el punto de vista de la tolerancia social, para no incluir a los jinetes en el ámbito de aplicación del Art. 141, inc. 3 p. 1 BV (diferente es la opinión de la mayoría en BayVfGHE 28 (1975), 107, también en E 30 (1977), 152).

⁵¹ BVerfGE 30, 173, SV 200.

⁵² El voto en disidencia de Erwin Stein debe haberse interpretado más bien como palabra de aliento por aquellos que creían poder asumir la responsabilidad de una reedición de la novela de Klaus Mann en la República Federal de Alemania, cf. B. Spangenberg, Prefacio para: K. Mann, *Mefisto*, 1980, p. II, IV; M. Reich-Raniki, FAZ del 18/12/1980, p. 23; B. Spangenberg, *Karriere eines Romans*, 1981.

⁵³ Sería interesante revisar, si en la relativamente joven historia del voto en disidencia en el BVerfG ya existen ejemplos para ello (probablemente sean más productivos los EEUU). Una justificación más bien retrospectiva (para “bienestar de la mayoría”, “interés público”, etc.) puede leerse en: SV Böhmer (NJW 1981, p. 1258 ss.) con relación a la cuestión de los teleféricos; cf. también el voto en disidencia de Schlabrendorff, BVerfGE 33, 35 ss. También

largo del tiempo los votos en disidencia representen una direccionalidad (marginal) muy específica, que corresponde a una parte del espectro total de la República y de la sociedad abierta de sus intérpretes constitucionales. Detrás de la continuidad personal se torna visible la continuidad de la causa, más allá de los senados individuales. De esta manera los votos en disidencia pueden, en pocos años, sustentar *tradiciones* y en un futuro ganar la mayoría a su favor – o por el contrario, no lograr el consenso ni a largo plazo y convertirse en nota a pie de página de la historia de la jurisprudencia.

d) Legislación (Mandatos legislativos)

La tarea del legislador puede comprenderse como un permanente análisis del cambio social en el tiempo y nos brinda una gran cantidad de procedimientos y técnicas especializadas. En los inicios de la Ley Fundamental se trataba de “hacer realidad” los mandatos constitucionales abiertos (u ocultos), como por ejemplo la igualdad de derechos de ambos sexos (Art. 3 inc. 2 GG), de los niños concebidos fuera del matrimonio (Art. 6 inc. 5 GG) o también de la democracia en el interior de los partidos (Art. 21 inc. 3 GG)⁵⁴ (cf. también Art. 95 inc. 3, 117 inc. 2 GG); hoy en día son habitualmente *mandatos del Tribunal Constitucional Federal* logrados a partir de la interpretación, los que obligan al poder legislativo a llegar, en el futuro, a conclusiones (más) acordes al texto constitucional⁵⁵: ya sea el caso de una normativa declarada como “aún no” (pero pronto) contraria al texto constitucional –como en la reforma de la pensión por viudez, que debe ser efectuada antes de 1984⁵⁶- ya sea que una normativa se

debería investigarse si y cómo se podría reconocer el momento prospectivo y el retrospectivo en los métodos de interpretación de cada uno de los votos en disidencia.

⁵⁴ Pero compárese también A. Arndt, *Das nicht erfüllte Grundgesetz*, 1960, ahora en: *Ibid.*, *Gesammelte juristische Schriften*, 1976, p. 141 ss.

⁵⁵ Cf. también C. Pestalozza, en: *Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 1976, tomo I, p. 519 (540 ss., 558 ss.).

⁵⁶ Cf. BVerfGE 39, 169 (194 ss.)

declare como desfavorable, pero que al legislador se le otorgue un tiempo considerable para su reforma.⁵⁷ El debate acerca de los mandatos constitucionales⁵⁸, o sea, la interpretación de la Ley Fundamental y de sus principios básicos como “mandatos constitucionales”, es una tematización del tiempo más o menos consciente que se introduce en los nuevos desarrollos. La teoría del derecho político de Weimar - como era característico - había dejado en suspenso los mandatos legislativos ante la alternativa: ¿declaración programática o derecho actual?⁵⁹

También sin este tipo de mandatos, el poder legislativo concretiza a través de la *legislación simple* en forma constante y siempre novedosa las libertades fundamentales y los principios de derecho de la Ley Fundamental⁶⁰ y con acentos políticos – jurídicos cambiados actúa “desde abajo” sobre la Constitución como proceso abierto. Aquí se enfrenta también al cúmulo de problemas de la dimensión micro del “tiempo en el derecho constitucional”⁶¹: desde los plazos en el proceso legislativo relativo a interrogantes acerca del inicio de la vigencia o la duración de la vigencia de una normativa (como uno de los factores de

⁵⁷ EL Tribunal Constitucional Federal austriaco compromete al legislador en ocasiones y según su disponibilidad temporal a una reforma legislativa gradual.

⁵⁸ P. Lerche, en: AöR 90 (1965), p. 341 ss.; E. Wienholtz, Normative Verfassung und Gesetzgebung, 1968, *ibíd.* p. 3 ss. De la jurisprudencia del BVerfG. Existen materias, que a lo largo del tiempo siempre han constituido una tarea para el futuro – durante mucho tiempo fue ésta la situación en la que se encontraba la equiparación del hijo ilegítimo en mandatos constitucionales como en el Art. 121 WRV, y 6, inc. 5 GG. El Estado constitucional muchas veces precisa el trabajo y el compromiso de muchas generaciones. La protección de los monumentos y de la naturaleza son una tarea vigente desde hace ya mucho tiempo, respaldada en la tradición, pero expuesta a una intensificación en el futuro.

⁵⁹ Para ello ver E. Wienholtz, *ibíd.*, p. 14 ss. El Art. 29 GG, antes un mandato constitucional, ha sido rebajado por la modificación de la Constitución (1975) a una simple norma de competencia. De manera inversa también pueden transformarse las simples normas de competencia en mandatos constitucionales. El Art. 3 de la Constitución de Baviera debe comprenderse como una norma verdadera y teórica, que va adquiriendo la dimensión de un mandato constitucional.

⁶⁰ Cf. P. Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 1ª edición 1962, p. 219 ss.; W. R. Schenke, en: AöR 103 (1981), p. 566 (586).

⁶¹ Cf. M. Kloepfer, en: Der Staat 13 (1974), p. 457 ss.

igualación más importantes⁶²), de los plazos límites o del derecho transitorio, hasta la retroactividad de las leyes, también de las remisiones “dinámicas”.⁶³ Figuras constitucionales dogmáticas como la protección de la confianza y la lealtad al Estado, también la figura de la protección dinámica del Derecho Fundamental⁶⁴, ocultan problemas (también) de justicia temporal.⁶⁵

e) Efecto anticipado de las leyes

Solo de manera muy breve serán mencionadas dos formas de incorporación del tiempo en el desarrollo constitucional que han adquirido mayor importancia hace muy poco: en primer

⁶² G. Dürig, en: FS Tübinger Juristenfakultät, 1977, p. 21 (29); véase también G. Dürig en: T. Maunz/G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz, GG, Kommentar, 5ª edición 1980, Art. 3 Inc. 1 GG/Rdn. 194 ss. Comp. como ejemplo actual BVerfG JZ 1981, p. 60: El legislador debe reglamentar nuevamente las regulaciones legales que el BVerfG ha declarado como incompatibles con el Art. 3 inc. 1 GG de manera tal que también apelen al pasado.

⁶³ La problemática del tiempo también se encuentra en la técnica judicial de la *remisión* en las leyes, o sea de la referencia a otras reglamentaciones (“objetos de remisión”), por ejemplo, otras normas, prescripciones administrativas, normas DIN, reglamentaciones de asociaciones privadas), mientras se trate de remisiones “dinámicas” (o “anticipatorias”) (terminología: F. Ossenbühl, en: DVBl. 1967, p. 401). Éstas no se refieren, a diferencia de las remisiones “estáticas”, a la versión vigente en el momento de la aprobación de la norma de remisión, sino a la versión correspondiente de los objetos de remisión. Como éstas son actualizadas con mayor frecuencia y más fácilmente que las leyes, estas últimas se vuelven más “abiertas con el tiempo” por medio de las remisiones dinámicas. El nuevo estado de desarrollo en cada caso se introduce en la ley. Se mantiene de este modo dinámica, pero por otro lado también más dependiente del objeto de remisión y sus creadores. La técnica de la remisión enfrenta por eso también reparos de derecho constitucional (cf. al respecto BVerfGE 47, 285 (311 ss.); 26, 338 (366 s.) con otras referencias; VG Hamburg, NJW 1979, p. 667 ss.; F. Ossenbühl, en la ref. indicada; H.-U. Karpen, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, 1979, p. 101 ss.; íd., en: J. Rüdiger (ed.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1976, p. 221 (232 ss.); J.-F. Staats, en: J. Rüdiger (ed.), en la ref. indicada, p. 244 ss.; íd., en: ZRP 1978, p. 59 ss.; E. Baden, en: NJW 1979, p. 623 ss.; W.-R. Schenke, en: NJW 1980, p. 743 ss.). Menos problemáticas con respecto al derecho constitucional son las posibilidades equivalentes funcionales (por ej., cláusulas generales, prescindencia de determinaciones detalladas, poderes de disposición).

⁶⁴ Cf. BVerfGE 49, 89 (137).

⁶⁵ Ver también la cláusula temporal en § 40 BVerfGG. La ausencia de una “cláusula de reincorporación” en el procedimiento para la proscripción de partidos políticos trae problemas importantes. Para ello consultar R. Schuster, en: ZRP 1968, p. 413 ss.; JZ 1968, p. 152 ss.

lugar el *efecto anticipado de leyes y contratos*.⁶⁶ El efecto anticipado de leyes formalmente aún no vigentes es tan demostrable como diferenciadamente admisible. En el ámbito internacional llama la atención el efecto anticipado del contrato SALT II: los EE.UU. y la URSS se atienen aún hoy (más precisamente: mayo 1981) silenciosamente a la letra del contrato. Los efectos anticipados no son otra cosa que la aceleración del factor tiempo.

f) Cláusulas de experimentación y de experiencia

Finalmente consideraremos las cláusulas jurídicas de experimentación y de experiencia. Éstas aparecen especialmente en tiempos de reformas y demuestran ser una puesta a prueba de una temporalmente acotada y limitada anticipación del futuro. En los años 70 fueron tema de discusión central entre nosotros. Un ejemplo conocido es el § 5 b DRiG – la formación jurídica en una sola etapa, a la cual debo, por ejemplo, mi presencia en Baviera, en Bayreuth. No es posible discutir aquí una a una estas cláusulas⁶⁷ ya descubiertas por *Montesquieu*⁶⁸, pero pueden ser tomadas en cuenta como una forma de “puesta a prueba” de la anticipación del futuro. Hoy en día el interés de la evaluación de las leyes está puesto en: la investigación de la implementación de leyes, por ejemplo, trata a leyes enteras como si fueran un experimento, para poder preparar probablemente enmiendas de leyes perfeccionadoras (en especial en lo relativo al medio ambiente y al derecho de planificación)⁶⁹; la “legislación a término” se vuelve un tema de interés⁷⁰.

⁶⁶ En cuanto al efecto anticipado de las leyes véase M. Kloepfer, *Vorwirkung von Gesetzen*, 1974; P. Häberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, p. 396 nota al pie 148, p. 486 ss.; ídem., *Zeit und Verfassung* (1974), en: ídem., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 59 (83 ss.).

⁶⁷ Cf. *Montesquieu*, *El espíritu de las leyes*, libro II, 2º capítulo (Reclam 1976, p. 109).

⁶⁸ Cf. Véase P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 85 ss.; véase también D. Pirson, en: *FS Jahrbuch*, 1974, p. 181 ss. Con referencia a la legislación como experimento en el ámbito de “proyectos piloto”: W. Schmitt Glaeser, *Kabelkommunikation und Verfassung*, 1979, p. 205, 207 ss. *Montesquieu*, *El espíritu de las leyes*, libro II, 2º capítulo (Reclam 1976, p. 109).

g) Reformas constitucionales

El clásico instituto para dar a lo nuevo formalmente y de manera inmediata cabida en el texto constitucional es la *reforma* constitucional, o sea la modificación del texto constitucional a través de determinados procedimientos, en general con la mayoría calificada como base del consenso (cf. Art. 79 inc. 2 GG). Todos los Estados constitucionales con cartas fundamentales conocen esta posibilidad de dar cuenta del paso del tiempo también en el texto, aunque las condiciones previas (como el tamaño de la mayoría) se diferencian de caso a caso.

Las reformas constitucionales pueden servir para la adaptación a desarrollos que fácticamente ya han tenido lugar; pero también pueden estimular (intencionalmente) estos desarrollos. La modificación a partir de la “adaptación” y de la “configuración” debe ser comprendida de manera diferenciada. La duración y la estabilidad de una Constitución parecieran hablar, en principio, *en contra* de una reforma constitucional, pero estas reformas justamente pueden *servir* también a la duración y a la estabilidad de un Estado cuando son “acordes a su tiempo”. Si esto es así, sólo puede establecerse caso por caso y según los ámbitos específicos de los que se trate.⁷¹

Esto vale especialmente para el conjunto de modificaciones constitucionales que deben conducir a la “*revisión total*” de la Constitución. La discusión alemana en, y acerca de, la Comisión “Enquête” del Parlamento alemán evidentemente ha

⁶⁹ Cf. R. Mayntz (ed.), *Implementation politischer Programme*, 1980; H. Wollmann (ed.), *Politik im Dickicht der Bürokratie*, 1980; E. Blankenberg/K. Lenk (ed.), con la colaboración de R. Rogowski, *Organisation und Recht*, 1980.

⁷⁰ W. Hugger, en: PVS 20 (1979), p. 202 ss.; véase también K. Eckel, en: ZfS 7 (1978), p. 39 ss.; K. Hopt, en: JZ 1972, p. 65 (70).

⁷¹ Para más detalles ver P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 88 ss. Véase también la limitación temporal para las modificaciones de la Constitución en el Art.110 inc.6 de la Constitución de Grecia (1975): Una reforma constitucional antes de haber transcurrido 5 años de la precedente, es inadmisibile.

demostrado ser inadecuada temporalmente⁷²: desde un punto de vista de política constitucional y científico puede decirse que se ha ido diluyendo. En comparación, la más productiva discusión suiza⁷³ podría mostrarse más eficiente en el mediano y largo plazo.

Esta evaluación de la situación objetiva relativiza la división analítica entre las dimensiones macro y micro: ambos planos se encuentran relacionados en muchos aspectos. La sumatoria de pequeñas unidades temporales en los procedimientos específicos y los instrumentos de una Constitución conforman en última instancia una parte de la histórica dimensión macro del tiempo. (La interpretación de la Constitución finalmente puede convertirse en una *reforma* de la Constitución, y ésta en una parte de *legislación* constitucional!). En sentido inverso también resulta válido decir que la dimensión macro “Constitución en el tiempo” influye en la dimensión micro “el tiempo en el derecho constitucional”. Probablemente la transformación de la función del juez, especialmente del juez constitucional, es un cambio significativo: el reconocimiento de votos en disidencia y el efecto anticipado de las leyes, etc., contienen una relajación de la sujeción a la ley y en este sentido también a su duración relativa. La “emancipación” judicial de la ley, que se encuentra en la adquisición de funciones pretorianas, refleja una situación cambiada en el ámbito micro: también el juez, no sólo el legislador (re)acciona ante el cambio: ¡justicia hoy, aquí y ahora!

Incursus I: “30 años de Ley Fundamental”

Por más que los diferentes momentos temporalmente abiertos de una Constitución parezcan independientes, pensados en espacios temporales más grandes, actúan conjuntamente.

⁷² Ver: Enquête-Kommission, Verfassungsreform, Schlußbericht 1976 (BT-Drs. 7/5924); además: R. Grawert, en: Der Staat 18 (1979), p. 229 ss.; R. Wahl, en: AöR 103 (1978), p. 477 ss.

⁷³ Compárese con el diseño de una Constitución Federal Suiza (1977), publicada en: AöR 104 (1979), p. 475 ss.; además: P. Saladin, en: AöR 104 (1979), p. 145 ss.; así como también los trabajos en: ZSR N. F. 97 (1978), 1^o parte del tomo I, p. 229 ss.; y por último K. Eichenberger, en: ZaöRV 40 (1980), p. 477 ss.; G. Müller, en: Der Staat 20 (1981), p. 83 ss.

La cuestión “30 años de Ley Fundamental” - como sumatoria de las dimensiones micro y macro- exige por un lado, rastrear los temas que con “el paso del tiempo” llevaron a que la Ley Fundamental de 1979 coincida sólo parcialmente con la Ley Fundamental de 1949. Yo lo denomino comprensión constitucional cambiada, estatalidad de la producción, derechos de participación materiales y procesales, la construcción de un Estado social, pero también las variadas modificaciones en la estructura del Estado Federal; no menos importante es la transformada auto comprensión de nuestra República en camino de un simple “Estado provisorio” a un “Estado pleno”, pero también su integración en la Unión Europea⁷⁴ y otras formas de cooperación internacional.⁷⁵

Si nos preguntamos también acerca de otras formas y procedimientos a través de los cuales la Ley Fundamental supo reaccionar ante las exigencias y necesidades del tiempo y acerca de los “(pro)motores” de este cambio, nos encontramos con *todos* los instrumentos y “órganos” para la interpretación del tiempo, o mejor dicho del cambio, arriba mencionados: un lugar central ocupa ya la (“simple”) *interpretación constitucional*, en especial la del BVerfG. Pensemos en la ampliación de los derechos fundamentales bajo las palabras claves sentencia del caso Lüth, sentencia sobre las farmacias, sentencia sobre la televisión, finalmente, por ejemplo, la decisión sobre Mülheim-Kärlich conjuntamente con el voto en disidencia Simon/Heußner.⁷⁶ La sentencia sobre la televisión con su postulado pluralista fue adoptada expresamente en Baviera a través de una *reforma* constitucional formal del Art. 111a (1973).⁷⁷ Mucho

⁷⁴ Compárese también los votos de H. F. Zacher y P. Badura referentes a “30 años de Ley Fundamental en Alemania”, en: VVDStRL 38 (1980), p. 153 ss., también 156 ss.

⁷⁵ Sobre el “Estado constitucional cooperativo” consultar mi trabajo con el mismo título (Kooperativer Verfassungsstaat) en: FS Schelsky (1978), p. 141 ss.

⁷⁶ BVerfGE 7, 198; 7, 377, también 12, 205 y E 53, 30, también 69.

⁷⁷ En torno a estos dilemas: W. Schmitt Glaeser, Kabelkommunikation und Verfassung, 1979, en especial p. 85 ss.

de aquello que el constitucionalista de 1949 había querido dejar sentado en la Ley Fundamental, fue precisado y profundizado por los *intérpretes constitucionales* de los siguientes 30 años, pero en gran parte también modificado y transformado; es en este sentido que el análisis “histórico” pierde peso. En esta historia de la interpretación casi se torna posible vislumbrar cuestiones de legislación constitucional.⁷⁸ Si tomamos las grandes sentencias “pretorianas” del BVerfG y el comentario de esta jurisprudencia a través de la ciencia, entonces reconocemos el profundo *cambio a través de la interpretación*, pero también los “protagonistas” de esta transformación: en especial el BVerfG, eventualmente preparado por los descubrimientos de maestros del derecho público – “lealtad al estado federal” de *R. Smend*, “preformación de la voluntad política” de *U. Scheuner*, la “concordancia práctica” de *K. Hesse* o la “compensación considerada” de *P. Lerche*.⁷⁹ Los alcances de los *votos en disidencia* en cuanto al anuncio de transformaciones venideras, es decir las interpretaciones alternativas en la última década, no deben ser subestimadas.

De estos procesos también participa el (*simple*) *legislador* como precursor del cambio constitucional. Este es el caso en la interpretación de cláusulas de propiedad y del Estado social. Modificaciones de la idea de justicia, tangibles en la decisión conjunta en la empresa, la actualización del principio de igualdad, la igualdad de oportunidades en el ámbito de la formación (de “Honnef” sobre la Bafög [Ley Federal de promoción para la realización de estudios superiores]) y en el desarrollo del derecho laboral y social, no dejan de tener efectos en el largo plazo para el estudio de la Constitución.

El cuadro se completa con la no justamente escasa cantidad de modificaciones constitucionales. Desde la primera, referente

⁷⁸ Para ello ver mi clase impartida como profesor invitado en Berna “Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung” (1978), publicada en: P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 182 ss.

⁷⁹ Cf. BVerfGE 12, 205 (254) y 8, 104 (113), también E 41, 29 (51) y 41, 88 (109).

a la disminución de rango del Art. penal 143 de la Ley Fundamental acerca de la “alta traición” al plano del derecho común del Código Penal Alemán (StGB), hasta la reciente ampliación de las competencias del Estado Federal (Art. 74 No. 4a GG), puede observarse cómo paso a paso las modificaciones formales de la Constitución en el plano del “tiempo en el derecho constitucional”, han conducido al perfeccionamiento y consolidación de la ya no “provisoria” Ley Fundamental y de esta manera a la “normalización” de la Constitución en el tiempo: la Constitución de las Fuerzas Armadas (1956), la Constitución del Estado de emergencia (1968) y la Constitución económica y financiera (1967/69) son “estaciones”.

Solamente abordaré el desarrollo de la *estatalidad del Estado Federal*: aquí se llevaron adelante relativamente muchas transformaciones y modificaciones constitucionales – tendencialmente el Estado Federal ha ganado cada vez más competencias.⁸⁰ En tiempos de la euforia del “federalismo cooperativo” fue introducido en 1969 el nuevo inciso sobre los “deberes comunitarios” (Art. 91 a y b GG)⁸¹, que por supuesto son especialmente cuestionados en la actualidad.

Si nos preguntamos por las fuerzas reales e ideales que se hallan detrás de las diferentes modificaciones (federales) de la Constitución, nos encontramos con gran parte de las potencias que dieron forma a la Constitución y que también se encuentran presentes en las otras modalidades de cambio: partidos políticos (en jornadas partidarias y debates parlamentarios), praxis constitucional, profesores de derecho público y expertos en

⁸⁰ Por ejemplo, la responsabilidad legislativa en el caso del aseguramiento económico de los hospitales (Art. 74 Inc. 19 GG), ya desde 1959 la responsabilidad por la producción y el uso pacífico de la energía nuclear (Inc. 11a Ibíd.) por la recolección de los residuos, por el cuidado de la calidad del aire y la reducción del ruido (Art. 74 Inc. 24 GG) en el año 1972 y la responsabilidad por la educación superior (Art. 75 N° 1a GG) en el año 1969.

⁸¹ Con relación a esto ver I. von Münch/J. A. Frowein, VVDStRL 31 (1973), p. 13 ss., 51 ss.; S. Marnitz, Die Gemeinschaftsaufgaben des Art. 91a GG als Versuch einer verfassungsrechtlichen Institutionalisierung der bundesstaatlichen Kooperation, 1974.

informes y trabajos (en concreto el informe *Troeger* de 1966), las reuniones de profesores de derecho público (en concreto 1960 y 1962, VVDStRL 19, p. 1 ss. y también 21, p. 66 ss., y 1972, VVDStRL 31, p. 13 ss.), tribunales, etc. Todos ellos participan de la transformación, son parte de estos procedimientos de adaptación y de resistencia, de producción y recepción. Por cierto: las tareas y especialidades, formas y procedimientos pueden ser mencionados – pero el último “*movens*” de la historia de la Constitución no se puede captar de esta manera. Para el futuro solamente es posible decir de manera muy general que la Ley Fundamental tendrá que hacer frente a nuevas necesidades pero también a una nueva abundancia⁸²; a la escasez de recursos (por ejemplo energéticos y medioambientales) y a la búsqueda de caminos que posibiliten involucrar a la juventud en el Estado Constitucional a través de un Estado Cultural, para lo cual deben analizarse las transformaciones tecnológicas y las nuevas posibilidades brindadas por los medios.

Si y cómo puede darse esto a través de la *interpretación* constitucional, la “*transformación* constitucional” o la *modificación* constitucional, no lo podrá predecir nadie. Podría tratarse de procesos que no se vean impulsados solamente por causas económicas o políticas, que abarquen de manera amplia el desarrollo cultural.

El tiempo se hace presente justamente en estos procesos, *judicialmente* se vuelve tangible mucho después (de la interpretación constitucional transformada a la modificación constitucional formalizada). Desde lo socio-cultural es perceptible aún más tempranamente por sismógrafos como el arte y la literatura. La percepción *jurídica* de la transformación se da, en general, en la fase *final*. Desde el punto de vista de la teoría constitucional se debe prestar atención ahora a los procesos *culturales*, a sus manifestaciones y a sus poderes de formación.

⁸² Para información general al respecto ver H. F. Zacher, VVDStRL 38 (1980), p. 153 (155).

2. Tematización del tiempo desde un enfoque científico cultural

2.1 La construcción de un puente hacia una compleja conceptualización cultural del tiempo - el tiempo como categoría cultural

2.1.1. Las Constituciones como garantes de continuidad y cambio

La evaluación de la situación ha demostrado cómo las Constituciones de los estados constitucionales se desarrollan entre la tradición y el futuro e intentan demostrar su importancia; es en su conjunto una impactante historia del desarrollo⁸³ en la que, sin embargo, algunos aspectos de la “herencia” cultural han sido descartados u olvidados. ¡La “Constitución en el tiempo”, apreciada en el contexto más amplio del desarrollo del estado constitucional, no es un tiempo *sin* Constitución! Desde entonces no existe la posibilidad de reflexionar sobre el tiempo al margen de los elementos constitucionales – ni siquiera en vísperas de cambios constitucionales⁸⁴. El factor tiempo influye especialmente en los cambios constitucionales, ya que se trata de la creación de una Constitución “nueva”. El tiempo nuevo comienza generalmente con la creación de una Constitución. En la medida en que se acercan la interpretación y la creación de una Constitución en el marco de los tipos constitucionales

⁸³ El refinamiento de los instrumentos y procedimientos alcanzado en Alemania (por ej. el voto en disidencia constitucional y el Art. 79 inc. 3 GG) hasta permiten hablar de un “progreso” en el perfeccionamiento del estado constitucional. Por supuesto que los instrumentos del estado constitucional que permiten la inclusión de desarrollos novedosos no son per se instrumentos para el “progreso”. Las reformas no conducen necesariamente a un mejoramiento.

⁸⁴ Ex post puede observarse que los desarrollos históricos tienen lugar de manera más bien continuada. Para el jurista constitucional, que acorde a la particularidad del derecho debe aferrarse a lo externo, tangible, como por ej. los plazos, resultan menos continuados: una reforma constitucional culmina a través de un particular procedimiento preestablecido en un “momento temporal” determinado; un voto en disidencia se objetiva –quizás tras un larga discusión previa en la ciencia y en la corte- de *una vez*. Se decide entonces *una sola vez* la reforma total de una Constitución como la suiza (o se la descarta).

occidentales⁸⁵, se relativiza la significación de la creación de la Constitución y con ello el así llamado “nuevo comienzo”. Justamente el enfoque *constitucional cultural* construye puentes entre la vieja Constitución y la nueva, que la observación jurídica formal, tergiversada por el dogma de la soberanía del pueblo, no puede visualizar al fijarse exclusivamente en el acto pensado como un estallido creativo de una Constitución. Un ejemplo: Muchos aspectos de la Constitución de Weimar ya no estaban vigentes antes de que los actos revolucionarios del régimen nacionalsocialista las derogaran formalmente. A la inversa, algunos principios constitucionales aún vigentes formalmente han cambiado con mayor profundidad a lo largo del tiempo, de lo que puede reconocerlo la simple apreciación jurídica formal: ya sea a través de profundas reformas constitucionales formales que desencadenan amplias repercusiones, o a través de la “transformación silenciosa” de la interpretación del mismo texto. Las profundas modificaciones de la Constitución de los EEUU a lo largo de 200 años de historia solamente pueden ser apreciadas desde un enfoque científico cultural.

En la actualidad, nuestra reflexión sobre el “tiempo” siempre tiene lugar en el contexto de Constituciones concretas que sirven de ejemplo para el establecimiento de una tipología: las Constituciones como reglamentaciones liberales del pluralismo intentan ser justas con el tiempo en un sentido *doble*: a través de la proposición de procedimientos que apacigüen y eviten los conflictos que traen consigo los *cambios* sociales, pero también a través de la creación de institutos que garanticen la *estabilidad* y aseguren la identidad del bien común individual y del comunitario político en los procesos de cambio⁸⁶. Las Constituciones

⁸⁵ Véase P. Häberle, *Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung* (1978), en: *ibid.*, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 182 ss.; véase también *mi* comentario en: *AöR* 106 (1981), p. 149 ss.

⁸⁶ Probablemente exista una relación óptima entre las partes “receptivas” más bien orientadas al pasado y las partes “prospectivas” orientadas al futuro de las Constituciones de los estados constitucionales. Un exceso de “nuevos comienzos” podría tornar demasiado lábil la nueva reglamentación, un exceso de acciones receptivas de las fuerzas constitucionalistas

crean y conservan una parte de la continuidad cultural⁸⁷. ¡Cuán profundamente se encuentra moldeada hace dos siglos, por ejemplo, nuestra conciencia acerca de la dignidad humana, la libertad (cultural), la tolerancia, la división de poderes, el pluralismo, etc.! Sin embargo, nuestra conciencia jurídica moderna al mismo tiempo también está impregnada de la idea de que el derecho y la justicia pueden ser *transformados*, que la “reforma judicial” es indispensable para el derecho, y hasta llegar a la consecuencia de una “reforma de las reformas”.

2.1.2. *El tiempo como categoría cultural e interdisciplinaria*

La categoría “tiempo”, tal como se la concibe en el derecho constitucional, se refiere en primer lugar a la estructuración temporal de los actos cotidianos del ser humano (y de sus “puntos de vista” con componentes objetivos y subjetivos⁸⁸) y de su

(¿cómo en el GG?) podría exigir demasiado pronto reformas constitucionales u otros tipos de transformaciones. Un enfoque que, de ser posible, propone contemplar el desarrollo de las Constituciones en el tiempo, evitaría ambos extremos. Desde la perspectiva temporal podría recomendarse, establecer una equilibrada “mezcla” entre simples normas de competencia por un lado y “urgentes” mandatos constitucionales por el otro. Si se postulan demasiados –irrealizables– mandatos constitucionales, la Constitución pierde credibilidad, porque no podrá cumplir con todos simultáneamente. Si se reconocen solamente las competencias formales, el carácter de exigencia de las Constituciones se torna demasiado débil y difuso. Habría que construir una escala de técnicas de cómo el legislador constitucionalista incorpora el tiempo en la Constitución. Junto a la mencionada “gran” escala desde la modificación de la Constitución, pasando por el voto en disidencia hasta la transformación a partir de la interpretación, aparecería “en pequeña escala” otra diferenciación más: de la declaración programática y de la simple competencia formal (Art. 15 GG) a través de la competencia material (Art. 74 No. 16 GG) al mandato constitucional, por ej. en el Art. 6 inc. 5 GG.

⁸⁷ Un aspecto parcial puede encontrarse, por ej., en la discusión acerca de la continuidad entre los historiadores: véase H. M. Baumgartner, *Kontinuität als Paradigma historischer Konstruktion*, en: *Philosophisches Jahrbuch* 1973, p. 254 ss.; fundamentalmente ahora: R. Kosseleck, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, 1979.

⁸⁸ El tiempo posee también en el plano constitucional componentes *objetivos* y *subjetivos*. Por un lado se encuentran plazos establecidos por la objetividad del tiempo (como en el Art. 68 inc. 2 GG), por el otro, regulaciones del tiempo que contienen elementos subjetivantes, o sea que reparan en las impresiones de los individuos. Un ejemplo para los componentes subjetivos es la expresión “de inmediato” -de frecuente aparición- (por ej. en el Art. 63 inc. 4 frase 1, Art. 76 inc. 2 frase 3, Art. 115b* inc. 2 frase 2, Art. 115 I

comunidad. Esta conciencia y comprensión del tiempo⁸⁹ como marca estructural de las reglamentaciones sociales y experiencias humanas no se encuentra junto a, sino *en relación* con la conceptualización del tiempo en las demás ciencias⁹⁰ y artes, porque todas⁹¹ ellas son en última instancia expresiones de una

inc. 2 frase 3 GG, Art. 101 inc. 2 frase 2 de la Constitución de Hessen, Art. 21 inc. 2 frase 1 Constitución de Niedersachsen, Art. 52 inc. 3 frase 2 Constitución de Nordrhein-Westfalen). Claramente también se da lugar a percepciones subjetivas del tiempo si algo es “calificado de particularmente urgente” (Art. 76 inc. 2 frase 3 GG) o es “considerado urgente”, mejor dicho “calificado” como tal (Art. 84 inc. 5 frase 2, Art 85 inc. 3 frase 3, Art 115d inc. 2 frase 1 GG), o cuando la situación “exige una actuación inmediata” (Art. 115a inc. 2 frase 1, Art 115i inc. 1 GG) o algo ya no puede ser realizado “a tiempo” (Art. 115 inc. 2, inc. 3, frase 2, Art. 115 e inc. 1 GG). Formulaciones de este tipo son especialmente abundantes en las disposiciones del GG para el caso de defensa (Art. 115a ss.). El estado de excepción justifica la percepción más subjetiva del tiempo en aquellos procedimientos que en otra situación se encontrarían temporalmente prefijados, lo cual le permite ganar en flexibilidad y capacidad de reacción. También cuando el derecho constitucional se refleja en el derecho ordinario se debe, llegado el caso, reparar los momentos subjetivantes del tiempo, como por ejemplo en el retorno a la situación anterior. Sin embargo, ante una recepción tardía a causa de una inusual duración del envío postal, el plazo se encuentra –objetivamente– vencido. Pero ante la pregunta acerca de la reconsideración se hace uso de la percepción subjetiva del tiempo. Si el envío había sido realizado con suficiente antelación como para que, en condiciones normales de entrega, el mismo llegara a tiempo, no existirá razón para negar una reconsideración (BVerfGE 44, 302, 306; 50, 1, 3; Jurisprudencia constante)

*N.d.T.: aquí probablemente se trate del Art 115d.

⁸⁹ Además del tiempo también es el “*espacio*” el que estructura la acción humana. Y quizás la teoría constitucional del tiempo y la del espacio, en última instancia, forman parte de lo mismo. Reflexiones acerca de una teoría constitucional del espacio en P. Häberle, *Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag*, 1979, p. 38 ss.; véase también R. Wendorf, *Zeit und Kultur*, 1980, p. 660 ss.

⁹⁰ De la etnología: U. R. von Ehrenfels, *Zeitbegriff und Stufenfolge in völkerkundlicher Sicht*, *Studium generale* 19 (1966), p. 736 ss.; J. T. Fraser, *The interdisciplinary study of time*, *Studium generale* 19 (1966), p. 705 ss.; *Idem* (ed.), *The study of time*, 1972; R. W. Meyer (ed.), *Das Zeitproblem im 20. Jahrhundert*, 1964; W. E. Moore, *Man time and society*, 1963; J. Piaget, *Die Bildung des Zeitbegriffs beim Kinde* (1955), 1974; M. Schöps, *Zeit und Gesellschaft*, 1980; H. Yaker (ed.), *The future of time, men’s temporal environment*, 1971; J. A. Roth, *Time tables*, 1963.

⁹¹ La capacidad de *creación* de las ciencias humanas no debería subestimarse. Éstas también influyen en la decisión de qué textos clásicos son transmitidos como tales, definen la “herencia cultural”, la cual no puede prescindir por ej. de *Montesquieu*. Las ciencias jurídicas trabajan aquí mano a mano con las ciencias políticas y las ciencias históricas. El redescubrimiento de *Tocqueville* también fue beneficioso para la comprensión del estado constitucional como un logro europeo en común.

época cultural. Con la misma certeza con la que se puede afirmar la “autonomía” del derecho (y de las ciencias jurídicas) ante lo social (y las ciencias sociales)⁹², es posible demostrar que el derecho, en especial el derecho constitucional, forma parte de la *cultura general* de una época, o sea también también de la *reflexión* sobre una época y el *actuar* en y a través de una época (y también de su “tempo”)⁹³.

La conceptualización interdisciplinaria del tiempo que atraviesa las ciencias y las artes de una época ciertamente es *compleja*⁹⁴ y encuentra sus límites en la relatividad de las

⁹² Cf. K. Larenz, en: FS E. R. Huber, 1973, p. 291 ss.

⁹³ La vocación del jurista por una tarea específica, la separación de “la justicia de la injusticia” y “el orden del caos”, y una fuerte confrontación entre el proceso abierto de la vida política, social y cultural y un ámbito regulado jurídicamente, es decir, también la política y el derecho (cf. W. Henke, en: Der Staat 19 [1980], p. 181, [190f. bergem]), un decisionismo encubierto. La renuncia a incluir desde un inicio, tanto en la interpretación de la Constitución como en el análisis teórico de las Constituciones, la vida constitucional como proceso real y propiamente cultural con sus variados impactos (efectivamente presentes) sobre el derecho constitucional, conduce a un sesgado racionalismo positivista en lo jurídico. Éste no puede explicar la variedad de disputas en torno a la interpretación del derecho constitucional presentes en la teoría y en la práctica, menos aún tomar decisiones en base a parámetros superadores, sino solamente seleccionar entre lo “correcto” o “incorrecto”. Solamente la referencia a los reales trasfondos socioculturales de las divergencias en la interpretación, puede elaborar parámetros más racionales para los conflictos en torno a decisiones jurídicas y profundizar de esta manera la discusión legal, sin delegar esto a la esfera política. En la medida en que los procesos socioculturales subyacentes y preexistentes al proceso de elaboración de las normativas legales a través de la interpretación de las normas, se vuelven más abundantes en el contenido de normativas jurídicas abiertas, posibilitan una interpretación constitucional profundizada gracias al enfoque científico cultural. Por supuesto deben considerarse el texto como límite de la interpretación y la disciplina metódica, pero tanto el texto como la disciplina muchas veces son sobrevalorados (lo cual no es de ninguna manera una contradicción); por supuesto es otra la opinión de B. Schlink, en: Der Staat 19 (1980), p. 73 (84), que entonces debe relativizarse por sí mismo (p. 91, cf. también 105): ninguna pretensión de claridad metodológica puede sobrepasar los límites de las ciencias jurídicas en tanto disciplina hermenéutica.

⁹⁴ Cf. solamente N. Luhmann, en: W. Schluchter (Ed.), Verhalten, Handeln und System, 1980, p. 32 ss., aquí p. 56 ss.; ver tamb. idem, Soziologische Aufklärung 2, 1975, p. 103 ss.; cf. también la diferenciación de N. Elias entre dos conceptualizaciones del „tiempo“: el tiempo físico (“flujo continuo de acontecimientos sucesivos”) y el tiempo histórico y social de la utopía como „tiempo en proceso“, en el que se une el pasado a través del presente con el futuro (FAZ del 26/6/1981, p. 25, Coloquio sobre la utopía en Bielefeld).

particulares conceptualizaciones del tiempo y de los horizontes temporales, presentes en los diferentes campos y especialidades científicas. Asimismo, gracias a la correspondencia existente entre la cultura en las diferentes épocas temporales y una determinada percepción del tiempo⁹⁵, pueden identificarse aspectos de una concepción temporal *cultural* común y, más precisamente, *condicionada culturalmente*, que puede ser de ayuda para el derecho constitucional⁹⁶. La conciencia de que las transformaciones tienen lugar cada vez con mayor velocidad, podría ser un aspecto común, que resulta válido tanto para las Constituciones y su cultura como para las demás ciencias sociales y las artes.

En sentido inverso, las ciencias sociales no deben interpretar⁹⁷ la conceptualización particular del tiempo en las ciencias jurídicas, por ej. en cuanto a los diferentes instrumentos del derecho constitucional, a partir de la exigencia de una “recepción inmediata y total del cambio en el derecho”⁹⁸. Esto implicaría

⁹⁵ En este sentido: R. Wendorff, *Zeit und Kultur*, 1980, por. ej. p. 653 ss.

⁹⁶ La comprensión de la concepción del tiempo presente en una determinada cultura jurídica y expresada en la Constitución, también se alcanza a partir del estudio de la autocomprensión del ser humano y especialmente del ciudadano.

⁹⁷ Esto no significa que haya que plantear estrategias de inmunización. Por ej, la diferenciación entre „el tiempo en el derecho constitucional” y „la Constitución en el tiempo” puede relacionarse sin dificultades con la diferenciación que propone N. Luhmann entre un presente puntual (irreversible) y un presente continuo (reversible), si se puede establecer un análisis paralelo (en un plano más general) de la continuidad y el cambio en las Constituciones, o mejor dicho, de sus contenidos culturales y su vinculación con un tiempo determinado, véase íd., en: W. Schluchter (Ed.), (ibid.), p. 41 ss. y 47 ss. La necesidad de contemplar en estudios interdisciplinarios los diversos contextos de acción y ámbitos de concreción de las distintas ciencias (especialmente aquellas orientadas a la práctica), se constituye muchas veces en una barrera práctica para la comunicación.

⁹⁸ El derecho (constitucional) y su ciencia no se harían un favor si cedieran rápidamente ante cada cambio social, si reaccionaran ante *cada* desafío o hasta provocación cultural. Perderían su importancia en el accionar conjunto con los demás factores y procesos culturales. El camino entre la afirmación y el cambio seguramente es difícil, pero es el camino del derecho (constitucional). También la independencia judicial pertenece a los instrumentos del estado constitucional que quieren y pueden estar al servicio del “valor intrínseco” del derecho frente a otros procedimientos. Lo que finalmente orienta el curso de la historia

la disolución del derecho, pérdida de la seguridad jurídica y con ello la de un elemento de justicia así como la negación de la Constitución, que según su “telos” debe ser un “ley *fundamental*”: para ello es preciso un mínimo de permanencia y estabilidad (por ej., a través de la recepción, del disciplinamiento de la creación jurídica judicial, de procedimientos cuidadosos en las reformas⁹⁹, etc.), sin ignorar la importancia de una comprensión dinámica y “procedimental” de la Constitución¹⁰⁰. Aquí coincidimos con R. Wendorff, quien intenta aportar una “compensación, un contrapeso a las unilateralidades de nuestra concepción temporal lineal”¹⁰¹, busca “valores permanentes”¹⁰² y espera de esta manera una “polaridad” repleta de tensiones en el mundo occidental¹⁰³.

(constitucional), es un interrogante al, o más bien a los, “sujetos” de la historia. Sólo puede ser respondido a partir de creencias, un ejemplo para ello es la expresión “el sentido posible de la historia *para el hombre*” en el sentido que le otorga Sir Popper.

⁹⁹ En las *reformas legales* se demuestra, cuán necesarios son los procesos de desarrollo *cultural* para que el —nuevo— derecho pueda echar “raíces”. Un eventual exceso de reformas en el ámbito jurídico ya no es suficiente. Por más reformas “desde arriba” que realice el legislador: si no se les concede suficiente tiempo a las reformas para que puedan operar en la práctica, se tornan inútiles. El proceso de la vigencia jurídica no se logra a partir de la proclamación de una norma en el Boletín Oficial del estado, porque el establecimiento de la confianza en la norma que deben tener sus destinatarios, precisa de *tiempo*. Las condiciones para la validez de las normas jurídicas son, en definitiva, de naturaleza *cultural*: no son solamente “estatales” ni solamente “sociales”, ni se fundamentan sólo en lo objetivo ni tampoco únicamente en lo subjetivo.

¹⁰⁰ Las distintas “escuelas” podrían diferenciarse justamente a partir de una comprensión diferente del tiempo, por sus “posicionamientos” diversos ante el tiempo: la más antigua piensa de manera más bien estática, la línea iniciada por R. Smend es más bien dinámica. Según el caso, es distinta la relevancia de la normatividad en tanto “inviolabilidad”; cf. también W. R. Schenke, en: AöR 103 (1978), p. 566 (570 ss.).

¹⁰¹ R. Wendorff, *Zeit und Kultur*, 1980, p. 655.

¹⁰² R. Wendorff, *ibd.*, p. 657.

¹⁰³ Véase R. Wendorff, *ibd.*, p. 653 ss.: „Polarität, Spannung, Ausgewogenheit”. Los planos temporales se entrecruzan de varias maneras: el *historiador* constitucionalista, que relata lo “pasado”, al mismo tiempo se desempeña más o menos concientemente como comentarista del presente; el *dogmático* constitucionalista también extrae sus concepciones previas y toma préstamos de la historia, así como también sus esperanzas hacia el futuro; el *político* constitucionalista del “principio esperanza” también vive del pasado y del presente, y sea solamente porque desarrolla un programa de contrastación (una “utopía concreta”) con relación a los mismos.

Detengámonos aquí: un “concepto puente” para esta incorporación del derecho constitucional y sus problemas del tiempo es la “cultura”, por lo cual el método para el “establecimiento de este puente” debe estar orientado por la ciencia de la cultura: solamente así aparecen la vinculación teórica del estado constitucional y el tiempo y se posibilita una interpretación simultánea desde el pasado y la apertura, así como su fundamentación como parte de un “proceso cultural de crecimiento” (*L. Kolakowski*). La “cultura” es la “sustancia” a partir de la cual surgen, se transforman y “envejecen”¹⁰⁴ las Constituciones.

2.2 La interpretación constitucional a partir de las ciencias culturales

2.2.1. El enfoque desde las ciencias culturales

El punto de partida es el reconocimiento de que la *Constitución* no es solamente una reglamentación legal para juristas que debe ser interpretada por éstos según viejas y nuevas reglas del arte, sino que también actúa principalmente como guía para quienes no son juristas: los ciudadanos. La Constitución no es solamente un texto jurídico o un “reglamento normativo”, sino también la expresión de un estadio del desarrollo cultural, un medio para la autorepresentación cultural del pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas. Las Constituciones *vivas* no son solamente obra de los juristas y políticos, sino la obra de todos los intérpretes de la Constitución en la sociedad abierta. La Constitución es, en forma y contenido, más bien expresión y transmisión de la *cultura*, un marco para la (re)producción y recepción cultural y almacenamiento de “informaciones”, experiencias¹⁰⁵,

¹⁰⁴ De alguna manera se ejerce el poder estatal desde el pueblo hacia la cultura y viceversa, al menos en una concepción amplia de la cultura y un concepto abierto de la cultura.

¹⁰⁵ El derecho (constitucional) también posee otra relación particular con el tiempo. En sus “institutos” almacena *experiencias* culturales. Sí, son una porción de cultura. Las experiencias surgidas de cientos de años de cultura jurídica romana, por ej., hacen su aparición aún hoy en día en el derecho civil. La teoría de *Montesquieu* acerca de la división de poderes

vivencias, sabiduría¹⁰⁶ cultural tradicional. Su validez cultural es consecuentemente más profunda¹⁰⁷. Esto fue captado muy bien por *H. Heller* en la recreación de la imagen de *Goethe*, la Constitución es “una forma acuñada que se va desarrollando en la vida”.

como experiencia en cuanto a la inclinación del ser humano hacia el abuso de poder, es un ejemplo para muchos. Justamente el enfoque *científico de la experiencia* incorpora el tiempo —y toda una cultura— a su manera en la teoría constitucional. ¡La Constitución es en muchos aspectos una reacción ante las experiencias de Weimar! El mínimo de educación que necesitan y deben transmitir especialmente las constituciones liberales, también surge de la continuidad y estabilidad en el tiempo. ¡Las metas educativas normatizadas son, al igual que muchas reglas jurídicas, una porción de experiencia cristalizada!

¹⁰⁶ En el sentido antropológico cultural o, mejor dicho, etnológico y no jurídico, B. Malinowski no utiliza por casualidad el concepto de “constitución” en: *Eine wissenschaftliche Theorie der Kultur* (1941), 1975, p. 142. La teoría del derecho constitucional en el sentido que aquí le otorgamos, no puede obviar el reconocimiento de la dimensión cultural más profunda de las Constituciones de los estados constitucionales.

¹⁰⁷ La *teoría del derecho político* hasta el momento ha aportado poco al enfoque científico cultural en la interpretación constitucional, mejor dicho la delimitación de la “cultura constitucional”. Los trabajos científicos culturales de H. Heller (*Staatslehre*, 1943, en especial p. 32 ss.) pertenecen aquí por supuesto, así como también los trabajos en humanidades y de historia de la cultura de R. Smend, E. Kaufmann y G. Holstein (Referencias en: P. Häberle, *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, en elab.); pero no han sido profundizados a partir del estudio de la Constitución; extrañamente no condujeron a una “cultura constitucional” ni la discusión en torno a “estado y sociedad” o “Constitución y realidad constitucional” ni la controversia de los “métodos de la interpretación constitucional”, ni la discusión más profunda de los años 60 acerca del Derecho público eclesiástico y tampoco el actual “debate de los valores fundamentales”. Ya sólo la *comparación* constitucional hubiera aportado algo al enfoque científico cultural. El derecho privado no ha olvidado el trabajo con los puntos de vista de la “cultura del derecho” (F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª edición, 1967, p. 13, 26; J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3ª edición, 1974, señala los fundamentos culturales del derecho —comunes a las naciones culturales— y a principios *jurídicos* reconocidos por todas las naciones *culturales*, por ej. p. 28, 34 ss.; 378); distinto es en el derecho Constitucional: aquí la idea de una cultura jurídica prácticamente no se ha difundido aún. Esta omisión seguramente tenga causas políticas e histórico-científicas muy alemanas. Por un lado, era tan fuerte la fascinación por el aspecto político de la Constitución, que el aspecto cultural pasó inadvertido; por otro lado se concibió a la cultura —siguiendo una tradición alemana— como tan apolítica y “no jurídica” que difícilmente pudiera convertirse en objeto de la teoría del estado y de la Constitución (véase por ej. los dispersos comentarios al margen acerca de la dependencia cultural de la solidaridad en G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 5ª reimpresión de la 3ª edición (1928), 1966, p. 253). Finalmente podría considerarse como causa la fijación en la Constitución *escrita*. Con esto podría describirse la historia de las discusiones en la teoría del derecho político como proceso de la producción y recepción cultural.

En especial los preámbulos y las metas educativas (expresas o implícitas) (como tolerancia, sentido de la responsabilidad, solidaridad), también los símbolos y los textos constitucionales entendidos en sentido amplio, como los textos de los clásicos¹⁰⁸, expresan los contenidos culturales de las Constituciones a partir de medios más bien no jurídicos y en un lenguaje no jurídico, que resulta más comprensible para los ciudadanos, pero también más “idealista” que los demás textos constitucionales. Son una especie de “*versión no jurídica*” de la Constitución. Como artículo de fe pretenden expresar el “*espíritu*” del cual surge el lado jurídico constitucional de las Constituciones y que debe ser transmitido. Por ello la identidad de una Constitución, ubicada entre la transmisión, la herencia y la experiencia histórica por un lado y la esperanza, las posibilidades y la capacidad de moldear el futuro de un pueblo por el otro, solamente puede ser comprendida totalmente a partir de un enfoque científico cultural¹⁰⁹. Gracias a los métodos de trabajo interdisciplinarios (científico-culturales) se torna visible lo previo a la creación de la Constitución, lo que la sostiene y lo que la impulsa a continuar: los procesos creadores primarios del cambio (cultural) (así como también la continuidad cultural), que el estado constitucional va abordando “con el correr del tiempo” y que procesa (a posteriori) en el sentido de “challenge and response” o ensayo y error en el sentido de *Popper*. El estado constitucional receptiona las múltiples formas del cambio en las artes y ciencias, en la política¹¹⁰ y la economía, aunque también se impone a partir

¹⁰⁸ Una relación entre la medición musical del tiempo, el sentido del ritmo, el tiempo de reinado y el honor del reinante se realiza de manera insuperable en *Shakespeare* (cf. Ricardo II, acto V, escena IV). Una cita acerca del tiempo también en: “A vuestro gusto” (acto II, escena VII, Jacques).

¹⁰⁹ Con relación al enfoque científico cultural véase P. Häberle, *Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag*, 1979, p. 43 ss.; id. *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, 1980, p. 62 ss., y también en: *VVDStRL 38* (1980), p. 114 ss. (Diskussion); *ibíd.*, en: *FS H. Huber*, 1981, p. 211 (212, 228 ss.).

¹¹⁰ Tan difícil como lo es capturar lo *político* del derecho constitucional en precisas transcripciones como “otro estado de agregación”, etc., tan difícil es identificar lo *cultural* “del”, “en” y “tras” el derecho constitucional. ¿Cuál es “el motor” de la vida constitucional, de

de la producción *propia* (especialmente a través de ésta¹¹¹). La interpretación de la Constitución desde el enfoque científico cultural busca una ampliación de los horizontes científicos y una profundización, mejor dicho clarificación, del trasfondo del estado constitucional¹¹²; de esta manera posibilita una tematización más “profunda” del “tiempo en la Constitución” y de “la Constitución en el tiempo”, al inscribir la Constitución en el contexto cultural de su época. El tiempo se refleja en desarrollos *culturales* y cristalizaciones “más tempranamente” y con “mayor precisión” que en las formas y los procedimientos *jurídicos*, contenidos e institutos; la “reflexión acerca de las posibilidades”¹¹³ corresponde primariamente a las artes y a la filosofía¹¹⁴.

las normas constitucionales? Es lo *cultural* y no solamente lo político. Los principios constitucionales surgen de procesos culturales, se transforman a partir de estos. La primaria, a veces exclusiva, fijación en lo político, ha ocultado al contexto más amplio de lo cultural. Esta preponderancia de lo cultural también puede basarse en las teorías básicas de las ciencias sociales: véase por ej. la comprensión de sí mismo de T. Parsons como “determinista cultural” en: *Íd. Gesellschaften*, 1975, p. 173 ss. (175); críticas en W. Schluchter, en: W. Schluchter (ed.), *Verhalten, Handeln und System*, 1980, p. 106 (115 ss.), quien sin embargo se remite, al abordar la cultura y su vinculación con todos los ámbitos de la vida (también el jurídico político), al concepto sociológico de la “interpenetración”, es decir un cambiante entrelazamiento y una influencia mutua (p. 130 ss.). El cambio *cultural*, en general precede a las formas jurídicas de procesamiento del mismo. Esto se puede mostrar tanto a partir de ejemplos de modificaciones constitucionales (¡las tareas comunitarias del Art. 91 a y b GG!) como en las reformas del derecho básico. La descriminalización del tradicional derecho penal sexual en los años 70 respondió a cambios culturales más profundos en el ámbito ético y social.

¹¹¹ Por eso es cuestión de refinar, mejor dicho sensibilizar, aquellos métodos e instrumentos de los estados constitucionales que recepcionan los procesos de desarrollo que dan forma a la dimensión macro de “la Constitución en el tiempo” y la dimensión micro del “tiempo en la Constitución”.

¹¹² La comprensión de la Constitución desde un enfoque científico cultural no implica la renuncia a los diferentes juegos de los probados modos jurídicos de interpretación constitucional y de sus funciones; estos mantienen su derecho *relativa*: como interpretación constitucional “material” o sociológica, “positiva” o “histórica”.

¹¹³ Cf. P. Häberle, *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens* (1977), en: *Íd., Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 1 ss.

¹¹⁴ El jurista, por el contrario, trabaja más bien a posteriori y de manera relativamente “superficial” y principalmente técnica sobre lo más visible; trabaja con el tiempo (es decir, con la tradición y el cambio, la herencia y la esperanza, la historia y la apertura al futuro) más bien de “segunda mano”.

Los impulsos culturales más profundos y las corrientes más “finas”, que conducen a la “transformación de la Constitución”, a los efectos anticipados de las leyes (o no), se vuelven accesibles a mediano plazo a través de una interpretación constitucional “exclusivamente jurídica”. Temporalmente por lo general solo se pueden registrar resultados. Estas configuraciones legales se atienen, con buenas razones, por más tiempo a las tradiciones que en el caso de los “reflejos culturales” de otras ciencias pero también de las artes (“sismográficas”) y que en el espectro de otros “medios” (como la política). Las amplias posibilidades de una historia pensada de manera abierta solo pueden ser apreciados parcialmente por el jurista con su “oficio” y su “arte”; pero éste debe saber que se encuentra posicionado en un contexto cultural más abarcativo.

Todo esto es el correlato (no sucedáneo) de la Constitución como conjunto jurídico de técnicas formales y formalizadas, métodos jurídicos, dogmas, institutos y principios de contenido. La elaboración de la dimensión cultural de la Constitución no pretende poner en cuestión un “arte jurídico seguro”. El jurista constitucional hasta debe persistir en los instrumentos y contenidos más externos – por el reconocimiento de la Constitución como una estructura *legal* específica, lo cual ésta *también* es. Pero la Constitución es más que esto: para el ciudadano y la comunidad es una porción de fundamento cultural y de identidad¹¹⁵.

La sociedad abierta encuentra de esta manera su *fundamentación* cultural. Ésta ocurre de manera muy indirecta y superficial, fragmentada y limitada por el derecho como tal.

¹¹⁵ El enfoque científico cultural sólo pretende *complementar* la interpretación constitucional tradicional con lo que vivencian, practican y comprenden los intérpretes constitucionales en sentido amplio, los ciudadanos “no jurídicos”. Ambas partes en conjunto, la jurídica y la científico cultural, hacen al todo en la Constitución. Esto tiene consecuencias, por ej. en lo educativo: la misión pedagógica del GG no exige tanto la transmisión del conocimiento teórico-jurídico – esto es tarea de los juristas corporativos. Se trata de la transmisión de la Constitución como marco para la cultura y como *enunciado parcial* sobre la cultura, o mejor dicho, las metas educativas. En este sentido la Constitución es tanto un *libro de estudio* para los alumnos como para los profesores.

Otras sustancias se tornan fundamentales: la unión cultural de un pueblo, sus metas educativas llevadas a la práctica, etc., en resumen: la cultura de un pueblo. También la “cultura constitucional” que subyace a las normas constitucionales y las rodea es parte de esto.

El ampliamente discutido consenso básico *social* sólo es un aspecto parcial: la sociedad abierta es constituida sobre todo a partir de un *consenso cultural*. No está “escrito” en la Constitución; allí sólo se lo encuentra en parte, pero es en definitiva el “lazo espiritual” que unifica a un pueblo hoy y en las sucesivas generaciones: por ej. en forma de textos clásicos, jornadas conmemorativas nacionales y otras “cristalizaciones culturales” existentes en el derecho constitucional. Dicho de otra manera: La Constitución pluralista es desde un principio una referencia al contexto cultural de un pueblo, como éste se ha concebido a lo largo de largos períodos culturales. *Cómo* lo logra –especialmente en la línea del tiempo- será analizado en detalle a continuación: a partir de las palabras claves de cultura constitucional, interpretación específicamente cultural de la Constitución y libertad cultural.

2.2.2. “Cultura constitucional”

El concepto de “cultura constitucional” es el que mejor se presta para expresar lingüísticamente el entrelazamiento que se da entre el enfoque científico cultural y la interpretación de la Constitución¹¹⁶. Este concepto tiene por destinatarios activos y

¹¹⁶ El concepto de “cultura política” es discutido hace mucho tiempo; de la gran cantidad de literatura sobre la “cultura política” véase por ej.: P. Reichel, en: PVS 21 (1980), p. 382 ss. y la discusión por él impulsada: D. Berg-Schlosser, H. Gerstenberger, K. L. Schell/J. Schissler así como también O. W. Gabriel, en: PVS 22 (1981), p. 110 ss., 117 ss., 195 ss. y también 204 ss.; G. A. Almond/S. Verba (ed.), *The civil culture revised*, 1980; H. Rausch, *Die politische Kultur in der Bundesrepublik Deutschland*, 1980; M. y S. Greiffenhagen, *Ein schwieriges Vaterland. Zur politischen Kultur Deutschlands*, 1979, en especial p. 18 ss.; T. Stammen, en: J. Becker (ed.), *Dreissig Jahre Bundesrepublik – Tradition und Wandel*, 1979, p. 11 ss; véase también SPD-Grundwertekommission (ed.), *Theorie und Grundwerte. Zur politischen Kultur in der Demokratie*, 1980; además T. Rasehorn, en: *Frankfurter Hefte*, 1980, Cuaderno 9,

pasivos, en primer lugar, al ciudadano y los grupos pluralistas, y no al jurista (constitucional). La cultura constitucional es la encarnación de los posicionamientos (subjetivos), de las valoraciones y del pensar, así como también de la acción (objetiva) del ciudadano y de los grupos pluralistas, de los órganos del estado, etc. con relación a la Constitución. ¡Su representación de la Constitución desde el rol de escritor, artista, trabajador, profesor, funcionario público es una porción de cultura constitucional! ¡La cultura constitucional es la *versión no jurídica de la Constitución de una comunidad política!*

Por ejemplo, los límites de la reforma constitucional no deben buscarse tanto en una jurídicamente denominada “cláusula de eternidad” como en el Art. 79 inc. 3 GG –una típica “norma de jurista”– como en las prácticas referidas a metas educativas orientadas a la dignidad humana y la tolerancia, la libertad y la igualdad: la “interpretación pedagógica de la Constitución” como vehículo de la cultura constitucional y el abordaje de la Constitución entendida de manera cualitativa, se tornan verdaderas garantías constitucionales¹¹⁷.

p. 18 ss.; w. Nw. En J. Schissler, en: ZfP 25 (1978), p. 154 ss. (Pie de pág. 1 ss.) y P. Häberle, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 448 (Pie de pág. 69). Con relación a esto la “cultura constitucional” aún no posee una tradición. El objeto al que se refiere por cierto ya se ha abordado bajo otras denominaciones. La referencia al derecho constitucional como “derecho político” (R. Smend, también H. Triepel), el “ambiente” en D. Schindler, pero también las reflexiones más recientes sobre el contexto –cultural– de normas constitucionales brindan primeros puntos de vista para la elaboración de la “cultura constitucional”. Se hace referencia a lo que se encuentra más allá del texto constitucional, a lo que lo rodea y a lo que lo supera, se trata del conjunto de valoraciones, orientaciones del pensar, costumbres y posicionamientos en los que el texto constitucional se haya inmerso y del cual surge, a partir del cual se modifica y ocasionalmente también se desvanece.

¹¹⁷ Un aspecto de la cultura constitucional es la “cultura del derecho fundamental”. El autor ha sugerido este concepto por primera vez en 1978 (P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 587 ss.) y lo ha precisado más tarde (en íd., *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 88 ss.). Nos referimos a la tesis de que la realidad del derecho fundamental *no* surge solamente de los textos jurídicos sobre los derechos fundamentales, sino de una amplia variedad de contenidos y funciones (culturales). El más refinado dogmatismo acerca del derecho fundamental (como en la República Federal de Alemania) no es garantía suficiente para que los derechos fundamentales realmente sean vividos. La “cultura de la libertad” se conforma a partir de un amplio conjunto de cuestiones: sentido ciudadano,

Para que las Constituciones promulgadas se tornen cultura (constitucional), se precisa mucho tiempo. Por ello se debe relativizar la afirmación de que nuestro GG es la Constitución más liberal que se haya promulgado en suelo alemán a partir del interrogante acerca de cuán profundamente esta “cultura política” se encuentra arraigada en principios democráticos también en tiempos de crisis, hasta qué punto se identifica el ciudadano común de palabra y de hecho con los derechos fundamentales de los demás ciudadanos y no solamente con los propios¹¹⁸, y cuán respetuosamente es aceptada la Constitución por todos. La cultura constitucional es *temporalmente más dependiente* que las normas del derecho constitucional; pero a pesar de ello puede fundamentar más profundamente una Constitución.

La “*cultura constitucional*” debe ser diferenciada del derecho constitucional cultural. El “*derecho constitucional*

el compromiso de los ciudadanos en cuanto a (sus) derechos fundamentales y su predisposición para asumir responsabilidades, tradiciones republicanas y virtudes (como existen especialmente en Francia, país que por ello no precisa de un perfeccionismo jurídico de los derechos fundamentales), ética del comportamiento de los medios, la toma de conciencia científica de los profesores de derecho público y su disposición a tomar en serio el postulado del pluralismo en todo sentido, otras éticas profesionales, “instancias” culturales como la literatura y los literatos, etc. Justamente la comparación cultural de los derechos fundamentales no puede ser realizada sin el concepto de “cultura del derecho fundamental”, a causa de la declaración de sus diferencias y similitudes en los diversos estados constitucionales y la búsqueda de equivalencias funcionales para institutos jurídicos concretas.

¹¹⁸ La protesta popular en Baviera por violación de los derechos fundamentales (Art. 98 Const. Baviera) otorga una oportunidad única para alcanzar, con el tiempo, más cultura del derecho fundamental con los medios del derecho y en el Tribunal Constitucional. Quizás sea la “cultura constitucional” a la vez el tiempo “en el pensamiento” y la *¡actuación práctica!*, modificando un poco la expresión de *Hegel*. El develamiento del trasfondo cultural de las Constituciones de los estados constitucionales sirve tanto a la elaboración de un tipo ideal de “estado constitucional” a partir de elementos culturales, como también a la percepción de la cultura constitucional *individual* de cada pueblo. La “cultura del derecho fundamental” es muy diferente en Francia y en Alemania, por ejemplo en lo referente a la capacidad de imposición judicial aquí, y a la sensibilidad de la opinión pública como “guardianes de los derechos fundamentales” allá. Y por más influyentes que sean los contextos para los textos jurídicos, existe una genuina “herencia cultural” común a toda Europa en cuanto a los derechos fundamentales. En otras palabras: el enfoque científico cultural en el derecho constitucional no es una reducción al estado nacional, sino ambas cosas: individualización por un lado y generalización por el otro.

*cultural*¹¹⁹ hace referencia a los aspectos jurídicos culturales de la Constitución, con los cuales los demás aspectos como el del estado de derecho o el social se encuentran menos directamente vinculados. La “cultura constitucional” comprende, por el contrario, a *todos*, también a los ámbitos de creación de identidad preexistentes a la promulgación de la Constitución, presentes en la Constitución de una comunidad política del tipo del *estado constitucional occidental*¹²⁰.

El derecho constitucional se diferencia, como todo derecho, de lo “simplemente cultural” a partir del *compromiso con la ley*. Lo cultural posee una validez propia y una vigencia propia, obra sin sanciones jurídicas directas¹²¹.

Para el ámbito democrático pueden mencionarse ámbitos en los que el derecho constitucional deja lugar a *desarrollos propios de la cultura política*¹²². La cultura constitucional incorpora

¹¹⁹ Los impulsos específicos para la cultura constitucional de un pueblo provienen de su *derecho constitucional cultural*. El vínculo entre la constitución de la cultura y la cultura constitucional no pertenece solamente al plano nominal. El arte y la ciencia ofrecen permanentemente “material”, aportes creativos, que pueden compactarse en una porción de cultura constitucional. La preparación científica del parlamentarismo sirve tanto a la cultura constitucional, como el descubrimiento de las múltiples dimensiones de los derechos fundamentales favorece a la “cultural del derecho fundamental”.

¹²⁰ La *opinión pública* no sólo introduce lo político en la comunidad democrática; ella comprende, da vida e introduce también otro ámbito, no menos importante: el *cultural*. La opinión pública cultural no es solamente un factor en los procesos de desarrollo del derecho constitucional cultural. Ella actúa en todos los ámbitos de la cultura constitucional.

¹²¹ Esto se puede apreciar particularmente en la ética social. El derecho constitucional y familiar regulan sus asuntos solamente de manera fragmentaria. Qué cultura familiar (o de asociación) se desarrolla y cómo lo hace, se gesta según “leyes” propias. Toda igualación jurídica entre el hombre y la mujer no puede evitar que en lo sociocultural muchos ámbitos aún no se encuentren “igualados”.

¹²² La “cultura política” muchas veces precede temporalmente a la cultura constitucional, también puede decirse que ésta constituye un específico estado de agregación de aquella. Sin embargo *no* existe una identificación completa. La cultura *constitucional* presupone un grado de mayor solidez, estabilidad, duración y objetivación que la “cultura política”. No todo lo que es cultura política se constituye en cultura constitucional. La alusión a la “Constitución” en la expresión “cultura constitucional” debe ser tomada en serio: exige un mínimo de duración y capacidad de objetivación. El “estar a la altura” se ha tornado más sólido. La cultura constitucional es resultado del trabajo de muchas generaciones en torno a la Constitución.

elementos de lo que en Alemania se denomina “cultura nacional”: el comportamiento electoral de los ciudadanos, la predisposición a un “traspaso real del poder” (como en Inglaterra), tradiciones parlamentarias y código de honor practicado por los diputados, el rol del periodismo, también del ejercicio libre de la abogacía, sensibilidad, vigilancia y aceptación de la crítica de la opinión pública, todos estos son momentos de una “cultura constitucional”¹²³.

La “cultura constitucional” podría convertirse de esta manera en un concepto clave que conjuga todos los aportes de los ciudadanos pensantes y actuantes, en especial de las ciencias, hacia una “Constitución en el tiempo”. La expresión, “nosotros” debemos velar por la Constitución, debe ser extendida a todos los ciudadanos y en especial a todos los hombres de las ciencias. Por más difícil que sea “seguirle la pista” científicamente al tiempo, gracias al enfoque cultural constitucional se tornan más transparentes y tangibles las manifestaciones, los procesos de crecimiento, las transformaciones y los procesos de disolución.

2.2.3. *La interpretación específicamente cultural de la Constitución*

“Cuando dos leyes fundamentales expresan lo mismo, no es lo mismo”. Esta afirmación de *R. Smend* de 1951 nos acerca a la cuestión de cómo es posible que los mismos textos jurídicos, por ejemplo los pactos de derechos humanos en oriente y occidente, pero también entre los diferentes estados constitucionales occidentales, son y pueden ser interpretados de distintas maneras. El trasfondo objetivo al que remiten las diferentes interpretaciones es la *cultura* nacional en la que se fundamenta el respectivo estado constitucional. Con otras palabras:

¹²³ En lo concreto el contenido de la “cultura constitucional” puede ser ambivalente. La alta participación en las elecciones nacionales puede ser entendida como una característica particular de la cultura constitucional, que se encuentra impregnada del la “voluntad de poseer una Constitución” en el sentido que le otorga K. Hesse (también: H. P. Schneider, en: AöR fascículo 1, 1974, p. 64 ss. [68 ss.], pero también como señal de conflictos políticos o coerción política (cf. con relación a esta tendencia R. Dahrendorf, Für eine Erneuerung der Demokratie in der Bundesrepublik, 1968, p. 36 ss.).

El mismo texto adquiere en las distintas culturas jurídicas un contenido diferente. La “interpretación específicamente cultural de la Constitución” refiere a los métodos y procedimientos, pero también a los “trasfondos” de esta interpretación.

Esta relatividad del contenido de los textos jurídicos no es un mal necesario, sino un asunto condicionado por la materia. La individualidad de una Constitución tiñe de distinta manera textos que parecieran presentar idénticos contenidos, es decir que les imprime una *especificidad cultural*¹²⁴.

Es por esto que la interpretación específicamente cultural de la Constitución puede reconocer mejor los “indicios” para el abordaje del tiempo. Los métodos para la interpretación de la Constitución han concedido al factor tiempo una más o menos encubierta centralidad en la explicación. En parte “absolutizan” ciertos “tiempos”¹²⁵ particulares. La utilización flexible de los distintos métodos de la interpretación que realiza H. Ehmke¹²⁶ ha significado por esta razón un quiebre, aunque ha quedado sin responder con qué parámetros se combinarían finalmente

¹²⁴ La comparación jurídica en el derecho público no ha tematizado hasta el momento lo específicamente cultural de manera metodológica (acerca de la comparación jurídica: J. H. Kaiser, H. Strebel, R. Bernhardt y K. Zemanek, en: ZaöRV 24 (1963), p. 391 ss., 404 ss., 431 ss. y también 452 ss.; J. M. Mössner, en: AöR 99 (1974), p. 193 ss.; véase también P. Häberle, en: K. Vogel (ed), Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle, 1979, p. 65 ss. –Discusión-). Esto sorprende, ya que en la discusión acerca de los derechos humanos es difícil reconocer que los textos jurídicos son comprendidos de maneras diversas y que –sin crear un problema de mala conciencia- también *pueden* ser comprendidos de diferentes maneras. Por cierto, hace tiempo se ha reconocido la relevancia del “ambiente” (D. Schindler) de la historia, etc. En mi opinión, aún resta contestar la pregunta acerca de cómo se expresan las diferencias específicamente culturales entre los pueblos en la interpretación jurídica. ¿Reúne contenidos específicamente culturales o actúa a través de métodos o es un método en sí mismo?

¹²⁵ La interpretación histórica se despega del *momento* temporal de la creación de la norma jurídica (constitucional) – famosa y despreciada es la aún hoy en día propagada “teoría de la petrificación” en Austria-, el método objetivo de interpretación prácticamente se distancia del presente y en parte también del futuro, sin que esto se exprese siempre abiertamente. Un método de interpretación solamente orientado a consecuencias podría convertir al derecho constitucional en un derecho situacional.

¹²⁶ H. Ehmke, VVDStRL 20 (1963), p. 53 (57 ss.), ahora en: *íd.*, Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, 1981, p. 329 (332 ss.).

los distintos métodos para la explicación. Al esclarecer los métodos de interpretación diversos recortes de lo que sucede *culturalmente* en el tiempo, es el enfoque científico cultural en la interpretación constitucional el que podría aportar un marco para la combinación de los métodos explicativos.

Derecho y ciencias jurídicas, legisladores y jueces no viven por sí solos. Dependen de los “materiales”, de los “impulsos” y de las “sustancias”, por ej. de nuevos elementos de justicia, nuevos reconocimientos y experiencias, pero también nuevas esperanzas e ideales, que dan cuenta de las leyes ya establecidas desde una perspectiva nueva o que obligan a defender los contenidos convencionales. Sabiendo que el derecho mismo es factor y expresión de la cultura pueden -“disciplinadas” en sus reglas del arte- tanto retrotraerse como adelantarse a los desarrollos culturales. Por cierto, esta “interpretación específicamente cultural de la Constitución” no es una “varita mágica” que resuelve repentinamente los problemas explicativos. Pero la interpretación constitucional sí gana una apertura y una vinculación no sólo a los movimientos, desarrollos y autoafirmaciones sociales y económicos, sino también culturales, que caracterizan una comunidad política¹²⁷.

Incursus II: La reanimación de las cláusulas republicanas: un ejemplo de procesos de expansión cultural de las Constituciones

A partir del ejemplo del principio constitucional “República” (Art. 20 inc. 1, 28 inc. 2 GG) se muestra cuán fuertemente se encuentra vinculado el derecho constitucional con los “procesos de expansión cultural”, cuán dependientes son los procedimientos de interpretación jurídica de lo cultural y no primariamente jurídico: objetivamente y en lo personal; y cómo una determinación “jurídico formal” poco considerada cobra (nuevamente)

¹²⁷ Un ejemplo es el pensamiento ecológico. Recién después del interés de la vanguardia espiritual de la sociedad, de filósofos, humanistas y artistas, intentan tomar parte las ciencias jurídicas: véase C. Sening, *Bedrohte Erholungslandschaft*, 1977, p. 80.

vida con el “transcurso del tiempo”, mejor dicho, es actualizada por el ambiente cultural pero también se transforma como parte de la (re)producción cultural y la recepción.

La cláusula republicana fue desatendida científicamente desde la fundación de la República Federal. A pesar de distintos intentos de reanimación a partir de la referencia a su vinculación con la “res publica” y “salus publica”¹²⁸ prepondera por lo general en la teoría del estado la simple definición por la negativa: la República como la “no monarquía”¹²⁹. En nuestros días llegaron impulsos del ámbito cultural- político- literario, que buscan otorgar una nueva, mejor dicho, positiva significación y “cooptar” el concepto: pensadores y poetas lograron aportes previos en este sentido. Recuerdo aquí las “Briefe zur Verteidigung der Republik” (“Cartas para la defensa de la República”), escritas no tanto por juristas¹³⁰ como por literatos (por ejemplo *H. Böll, N. Born, D. Kühn, H.-E. Nossack o M. Walser*)¹³¹, o los “*Republikanische Reden*” (“Discursos republicanos”) (1979) de *W. Jens*. Recién después los juristas recordaron la riqueza de sentidos del concepto de República¹³². Trabajan ex post: conciente

¹²⁸ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BR Deutschland*, 12ª edición 1980, p. 50 ss., 110; 4ª edición 1970, p. 50 ss., 103; 1ª edición 1967, p. 50 ss., 103; P. Häberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, p. 708, 728; *id.*, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, p. 68, 198, 206, 487.

¹²⁹ Cf. por ej. B. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 5ª reimpresión de la 3ª edición 1928, 1959, p. 711. El índice de materias de 74 columnas de: H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, 2ª edición 1966 (1028 p.) ni siquiera menciona la palabra clave “república”.

¹³⁰ Véanse las cartas de Ulrich Klug y Richard Schmid.

¹³¹ Editado por F. Duve, H. Böll y K. Staeck, 1977 (también la consiguiente controversia entre K. Sontheimer y J. Habermas, en: *SZ* 26-27/11/1977, ahora en: J. Habermas, *Kleine politische Schriften I-IV*, 1981, p. 387 ss.); cf. del mismo editor también el tomo: “*Kämpfen für die sanfte Republik*”, 1980; también en otros escritos de esta línea editorial ha sido activado el tópico de la “república”: cf. W. D. Narr (ed.), *Wir Bürger als Sicherheitsrisiko. Beiträge zur Verfassung unserer Republik*, 1977; véase también M. Güde, L. Raiser, H. Simon y C. F. Von Weiszäcker, *Zur Verfassung unserer Demokratie, 4 republikanische Reden*, 1978. Entretanto el concepto “de izquierda” ya es usual, cf. el título del tomo 1 de las palabras claves acerca de la “situación espiritual del tiempo”, editado por J. Habermas, 1979: “*Nation und Republik*”.

¹³² Cf. K. Löw, en: *DÖV* 1979, p. 819 ss.; J. Isensee, en: *JZ* 1981, p. 1 ss.; W. Henke, en: *JZ* 1981, p. 249 ss.; P. Häberle, en: *FS H. Huber*, 1981, p. 211 (237 ss.).

o inconcientemente inspirados por la reproducción cultural. Por ello es tan importante el derecho constitucional cultural en tanto cuidado de lo creativo. La “República” es comprendida ahora en un sentido “liberal”, “democrático” y “responsable”. (Re)activada de esta manera, la “República” puede ser vivenciada por todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta y materializada en todas las formas – como jurisprudencia y como meta educativa, jurídica y pedagógicamente.

Esta comprensión *material* de la República ya ha superado una primera prueba en Europa: *Picasso* había dispuesto en su testamento que el cuadro “Guernica” recién pudiera ser llevado a España cuando allí rigiera “la República”. Esta condición fue interpretada con razón por los “administradores testamentarios” y herederos de *Picasso* como “cuando rijan nuevamente condiciones democráticas y de libertad”, lo cual también puede ser el caso en una monarquía parlamentaria como en la España actual¹³³.

2.2.4. “Libertad cultural” - Deberes fundamentales

La “libertad cultural” es el concepto a través del cual la teoría del derecho fundamental encuentra vinculación con la problemática del tiempo a partir de la revisión de cuáles son los condicionamientos culturales (político-culturales) y específicamente culturales de la libertad jurídica formal y la dignidad humana, cómo se desarrollan culturalmente y se “materializan”. Los catálogos de los derechos fundamentales pueden ser

¹³³ Cf. FAZ del 23/1/1981, p. 21 y del 2/3/1981, p. 23. La referencia a la Constitución como gran “oferta” (G. Heinemann) también puede ser fructífero para algunos de sus principios por separado. Conocemos ejemplos para el “renacimiento” de las proposiciones constitucionales, como las metas educativas y los “derechos sociales fundamentales” de las Constituciones de los Länder (con relación a esto, B. Beutler, *Das Staatsbild in den Länderverfassungen nach 1945*, 1973; P. Häberle, *VVDStRL 30* (1972), p. 43 (90 ss.)). Lo contrario también es habitual: el *olvido* de contenidos o mandatos constitucionales, por ejemplo los deberes fundamentales o el Art. 29 inc. 1 a.F. GG. Las Constituciones como “conjuntos de reglamentaciones jurídicas” no viven de sí mismas; más bien suelen ser la envoltura de sucesos sustancialmente más profundos de naturaleza cultural (lo político es solamente un aspecto).

semejantes en exteriormente: la significación de sus contenidos recién se expresa en su contexto cultural¹³⁴. Aquí cobra sentido la interpretación específicamente cultural de la Constitución.

¡No hay libertad sin cultura! El uso individual de la libertad se encuentra impregnado por incontables experiencias históricas y aseguramientos, es decir: el factor cultural- temporal también condiciona la libertad¹³⁵. El jurista se halla aquí necesariamente ante los límites de su disciplina. No puede definir “lo cultural” en particular y depende por ello de los avances de las demás disciplinas. Por ello debe redactar las garantías de libertad cultural de manera suficientemente formal y amplia como para que al arte y a los artistas les quede suficiente espacio¹³⁶. Se puede reconocer cuán fuerte es la transformación en los límites variables: la película “El silencio” de *Bergman* se encuentra hoy en día comprendida en la libertad del arte expresada en el Art. 5 inc. 3 GG, décadas atrás esto era negado o al menos discutido. La consecuencia son los esfuerzos por desplegar los contenidos de libertad que se pueden reconocer en el derecho constitucional cultural en el sentido de un concepto cultural abierto¹³⁷. Esto también significa adjudicar al estado cultural la tarea de

¹³⁴ La comparación de los derechos fundamentales solamente es posible como comparación *intercultural*, la comparación superficial de los textos solamente aporta primeros indicios. Sólo el contexto cultural muestra la significación real de los derechos fundamentales. Un abordaje desde las ciencias sociales únicamente, sería demasiado acotado. Al considerar a todos los derechos fundamentales como “derechos fundamentales sociales en sentido amplio”, se torna más importante su dimensión *cultural* más profunda: también en la sucesión de generaciones y en la transformación de los textos constitucionales de un pueblo.

¹³⁵ La creciente individualización y privatización del poder de disposición sobre el tiempo – por ejemplo a través de la reducción de la jornada laboral, jornadas flexibles, trabajos part time, por un lado, o por la ausencia de una sujeción a un momento temporal concreto, por ejemplo a través de eventos culturales grabados en cassettes, discos, películas o las futuras técnicas de video, por el otro lado – actualizan cada vez más las ataduras culturales de la libertad.

¹³⁶ Así el planteo de W. Knies, *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*, 1967.

¹³⁷ Con relación a esto, P. Häberle, *Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag*, 1979, p. 34 ss., 37, 57 ss.; íd., *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, 1980, p. 13 ss.

efectivizar a su manera los derechos fundamentales culturales en el sentido de los derechos de participación culturales y en especial de efectividad procesal¹³⁸.

Las garantías legales para la libertad cultural no generan por sí solas libertad cultural, pero son la condición para que ésta sea posible: el espacio de libertad garantizado por los derechos fundamentales para los individuos, abre la comunidad política como comunidad cultural a todos aquellos procesos y desarrollos, descubrimientos y obras que hacen a su identidad. Los textos clásicos y su nueva (re)actualización a través de la interpretación, descubrimientos científicos, obras de arte de todo tipo, filosofías políticas e innovación económica son consecuencia y expresión de una compleja libertad “cultural” entendida en el sentido más amplio¹³⁹. Al mismo tiempo la conducen hacia “nuevas orillas”. Vista en la línea del tiempo, la libertad culturalmente efectivizada de *J. Beuys* tiene incidencia sobre la garantía legal de libertad: ésta se amplía. La petición por la “libertad de pensamiento” manifestada culturalmente en el “Don Carlos” de *F. Schiller*, se torna un texto clásico con efectos a largo plazo en muchas épocas constitucionales. La pregunta de *B. Brecht* “todo el poder del estado parte del pueblo, ¿pero hacia dónde se dirige?” es una “espina” en el cuerpo de toda teoría democrática. En síntesis: lo nuevo se origina de la libertad cultural, “cuaja”

¹³⁸ Un punto neurálgico es la pregunta acerca del derecho a subvención por parte de los teatros privados.

¹³⁹ Los procesos de crecimiento cultural se desarrollan a través de un juego de ida y vuelta desde la libertad „potencial”, pasando por la libertad “realizada” o mejor dicho resultados culturales de la libertad, hasta obras a partir de las cuales es posible, y se torna necesaria, una nueva libertad individual, a la que además debe aspirarse (aún con la posibilidad de fracasar). La libertad cultural es –contemplada en la línea del tiempo- obra de muchas generaciones, vista “transversalmente” es producto de muchos círculos y grupos diferentes de un pueblo o intérpretes de la Constitución. Vista desde la condición individual de un pueblo la libertad está garantizada por las “objetivaciones” y “materializaciones”, es decir, resultados, que su ejercicio individual puede desencadenar. Los actuales esfuerzos en torno a formas culturales “alternativas” no son una contradicción, sino más bien la confirmación de la aquí expresada vinculación entre cultura y libertad.

formando una porción de cultura (del derecho fundamental)¹⁴⁰ e impulsa el desarrollo de la misma.

Un proceso de desarrollo de este tipo también ilustra el ejemplo de los *deberes fundamentales*. Con referencia a estos falta aún una teoría constitucional diferenciada. Con vistas a los actuales desafíos y falencias, discutidos como “límites del estado social”, y ante nuevos reconocimientos de la solidaridad como condición para la comunidad humana (¡la revolución francesa también exigía la “fraternidad”¹⁴¹!), se formula hoy la pregunta acerca de si la reconsideración de los deberes fundamentales no será una cuestión de tiempo¹⁴². Probablemente el deber fiduciario que corresponde a la Constitución en cuanto a los bienes culturales y hacia las futuras generaciones, también deba ser construido desde los deberes fundamentales del ciudadano. La dignidad humana se constituye -como toda libertad cultural- a partir de los logros de generaciones previas y también obliga al respeto por las venideras. Quizás ya nos encontremos aquí y ahora ante el “Renacimiento” de los *deberes fundamentales*¹⁴³.

¹⁴⁰ Expresión de la “libertad cultural” es la “cultura del derecho fundamental”, es decir, la parte de la “cultura constitucional” referente a los derechos fundamentales y con ello una parte de la *constitución** no jurídica de la comunidad política*. La cultura de los derechos fundamentales es sólo en parte obra de textos constitucionales jurídicos y dogmatismo jurídico, más bien se desarrolla a partir de tradiciones republicanas, tal como se muestran en el funcionamiento de la opinión pública, en la ética profesional de los periodistas (cf. instituciones como el Consejo de Prensa alemán) o en “reglas de juego” de los medios masivos de comunicación. Cf. para ello P. Häberle, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 88 ss.

¹⁴¹ H. Krüger, *Brüderlichkeit – das dritte, fast vergessene Ideal der Demokratie*, en: *Festgabe für T. Maunz*, 1971, p. 249 ss.

¹⁴² Véase ahora R. Stober, *Grundpflichten und Grundgesetz*, 1979.

¹⁴³ De esta manera se harían efectivas las alusiones meramente verbales a la libertad o en el mejor de los casos la formulación “idealista” de la parte vinculante de la libertad, como ya se muestra en el desarrollo de la relación del derecho administrativo: cf. P. Häberle, *Das Verwaltungsrechtsverhältnis – un esbozo de estos problemas puede encontrarse en: id., Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 248 ss.

** N. d. T.: El autor hace aquí un juego de palabras entre *Verfassung* (Constitución) y *(Ver) Fassung* (expresión, versión).

3. La Constitución como contrato generacional para la protección de los bienes culturales de la posteridad - expuesto a partir de ejemplos de la actualidad: protección del medio ambiente, límites del endeudamiento del estado como precedente de “un tiempo y una cultura (constitucional)”

3.1. El enfoque de la teoría constitucional

El abordaje del problema del tiempo en el derecho constitucional es puesto a prueba hoy, a partir de dos interrogantes de gran importancia política: en la indagación acerca de los límites del endeudamiento estatal y de la energía atómica. Como el derecho constitucional “positivo” aporta aquí inicialmente pocos elementos relacionados –exceptuando el Art. 115 inc. 1 párrafo 2 GG y también el Art. 2 inc. 2 GG-, esto se constituye en un reto para la teoría constitucional.

La sensibilización respecto a la dimensión temporal no se da aquí solamente con vistas al análisis o la estimulación de la *transformación*, sino en sentido inverso también con el objetivo de la *preservación* de una específica “herencia” cultural y en interés de las futuras generaciones¹⁴⁴. Para ellos debe conservarse la tradicional libertad de configuración política: su democracia¹⁴⁵, su derecho de autodeterminación, sus derechos fundamentales, podrían ser tocados en lo sustancial si nosotros, la actual generación, vía el endeudamiento estatal por impuestos, viviésemos a costilla de las futuras generaciones; su entorno y con ello las condiciones de su dignidad humana, su naturaleza y cultura, su humanidad y libertad se verían

¹⁴⁴ Notable resulta el aporte de F. Vilmar, en: Die neue Gesellschaft 28 (1981), p. 458 ss., quien propone ubicar el aseguramiento de la existencia humana en el primer lugar de la escala de valores y exige una nueva “ética de la preservación, conservación, reparación y no del progreso o del perfeccionamiento”. Véase también H. Jonas, Das Prinzip Verantwortung, 1980, quien pide evaluaciones acerca del número de inventos humanos que la naturaleza aún es capaz de soportar y exige una “ética de la responsabilidad remota”.

¹⁴⁵ La relación entre deudas estatales y condiciones de vida en la democracia es analizada –a partir de los aportes de J. Buchanan y R. Wagner- por G. Püttner, Staatsverschuldung als Rechtsproblem, 1980, p. 9, 11.

afectados en lo existencial, si el almacenamiento de basura atómica implicara inesperados peligros para sus vidas¹⁴⁶. De un “efecto anticipado” de bienes jurídicos constitucionales, cuyos destinatarios aun no han nacido¹⁴⁷, se desprende hoy un deber constitucional relativo a la preservación y al desarrollo de la diversidad de la naturaleza y la cultura y al establecimiento del correspondiente marco. La frecuentemente evocada preservación de la “herencia de la humanidad” también debe ser abordada con seriedad por el estado constitucional: con la fuerza de un mandato constitucional.

La teoría constitucional aún se encuentra poco preparada para la protección cultural y natural de las generaciones en la dimensión temporal. Recién en nuestros días es comprendido el “riesgo potencial de la energía atómica en el tiempo”. Éste surge del peligro de posibles consecuencias tardías resultantes de la sobreexposición a la radioactividad, por la larga vida de los desechos radioactivos y por el incalculable “riesgo potencial que implica el tratamiento de los desechos nucleares”¹⁴⁸ a lo largo del tiempo.

El endeudamiento del estado surge, visto en el tiempo, como una oculta estrategia impositiva a cargo de las futuras generaciones. Su protección debería “anticiparse” en el marco de la prohibición de los excesos: la actual generación no debe vivir en la abundancia a costa de las futuras generaciones. Por supuesto que el endeudamiento actual del estado también puede

¹⁴⁶ La “cuestión de la cultura” es la expresión intensificada de la dignidad personal realizada, participativa y no por último alcanzada con esfuerzo. Ni está “a disposición” del estado, ni puede ser comprendida en sentido meramente instrumental para la dignidad humana.

¹⁴⁷ Los “aún no nacidos” se convierten cada vez más en destinatarios de la literatura y del derecho: cf. por ej. el mensaje de Louise Weiss “a los aún no nacidos” (1980) y el voto del BVerfG a favor de los aún no nacidos en § 218- Resolución (E 39, 1).

¹⁴⁸ Con respecto a esto véase C. Degenhart, *Kernenergie recht*, 1981, p. 162 ss., con una argumentación sobre el Art. 2 inc. 2 GG. Acerca de la “protección de la posteridad” a partir del GG y de las “dimensiones temporales de la responsabilidad jurídica estatal” véase H. Hofmann, *Rechtsfragen atomarer Entsorgung*, 1981, p. 259 ss., 262 ss.

posibilitar y asegurar la existencia de las futuras generaciones, por ejemplo, en las así llamadas “inversiones a futuro”. Pero esto es solamente un aspecto. En un determinado momento el endeudamiento del estado deja de ser una *inversión* a futuro para convertirse en una *carga* (“*bipotecaria*”) *para el futuro*¹⁴⁹.

En mi opinión, sólo un enfoque más profundo, justamente el *científico cultural*, puede incorporar ya hoy a la “posteridad” de tal manera en el círculo y en el ámbito de responsabilidades del estado constitucional y sus leyes, mejor dicho de los políticos e intérpretes constitucionalistas, que las condiciones de vida materiales e ideales de esta posteridad se encuentren previamente aseguradas. En la combinación del pensamiento fiduciario con la dignidad humana se halla la (auto)responsabilización ética por la protección de las futuras generaciones. La “*Constitución*” debe pensarse desde un inicio teniendo en cuenta y asumiendo la responsabilidad por las futuras generaciones del pueblo constitucionalista, no importando cómo se realiza esto desde el punto de vista técnico legal (por ej., a través de un contrato a favor de terceros, de los aún no nacidos). La Constitución de hoy ya lleva en sí misma una parte de la Constitución del futuro. Ella es responsable por *esta específica* Constitución. Si se abocara solamente al hoy, si se justificara sólo ante el hoy, sería tan egocéntrica como fragmentaria. La “apertura de la Constitución” también debe tratarse seriamente por cuanto en el presente se gestan las garantías para un *futuro abierto*: a esto pertenece la discusión en torno a los límites del endeudamiento del estado y la protección de las futuras generaciones ante los imprevisibles riesgos atómicos. El futuro abierto y la sociedad abierta deben darse en conjunto.

¹⁴⁹ Específicamente H. Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, 1953, p. 130, ahora en: Ídem, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, 1981, p. 129 (con relación al derecho presupuestario y endeudamiento del estado): “De la misma manera debe contemplarse como anticonstitucional una sobrecarga tal, que ponga en peligro la libertad de la vida política de las futuras generaciones”.

3.2. *En concreto: Interrogantes acerca del cuidado del medioambiente en la era de la energía atómica*

La “Constitución como contrato”, que se renueva *bic et nunc* pero también de manera continua a lo largo del tiempo¹⁵⁰, es el primer aspecto. Puesto en práctica desde hace poco en Polonia, la Constitución como contrato quizás sea una “invariante cultural” en el sentido de *Kolakowski*¹⁵¹, una tesis del como sí, para poder vivir y sobrevivir en comunidad¹⁵². El contrato generacional interpretado de manera *dinamizada* -para el seguro social¹⁵³, un bien conocido entramado¹⁵⁴- podría contener

¹⁵⁰ La expresión “plebiscite de tous les jours” de A. Renan está pensada casi únicamente desde el punto de vista de la soberanía del pueblo, debería reformularse como pensamiento contractual: en el sentido de un contrato social que se renueva constantemente, que se fundamenta en el Art. 1 GG (dignidad humana) y se expresa en el derecho electoral común; cf. también R. Bäumlín, *Staat, Recht und Geschichte*, 1961, p. 46 ss.

¹⁵¹ L. Kolakowski, *In der Sackgasse der Kulturanthropologie*, en: *Merkur* 1980, p. 1188 ss.

¹⁵² Con respecto a la Constitución como contrato véase mi presentación en *Augsburgo en 1978: Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft*, en: P. Häberle, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 438 ss.; véase también P. Saladin, en: *AöR* 104 (1979), p. 345 (372 ss.). El contrato social o generacional es una “ficción” del derecho constitucional tan necesaria como útil, en especial porque en la realidad actual tienen lugar muchos momentos contractuales constitucionales. Sea como sea, es la presente generación la que debe someterse a los límites del autocontrol en vistas de la futura generación. El modelo de contrato puede ofrecer protección contra la arbitrariedad.

¹⁵³ Cuan cercano puede estar el futuro en el derecho, lo muestra el *seguro social* y la amenazante cuota de sobrecarga. Ya hoy se deben considerar cifras referidas al año 2030: porque entonces será la generación venidera la que sostenga a la actual generación en lo previsional. Ya hoy en día se estiman montos con relación a los cuales deben orientarse la política y el derecho, aunque éstos tengan que ser revisados y recalculados continuamente a lo largo del tiempo. El contrato generacional es un contrato social “a lo largo del tiempo”, un *contrato social dinamizado*. En todo caso comprende toda la profundidad del pasado, presente y futuro de un pueblo y muestra que el factor tiempo condiciona problemas básicos del derecho constitucional de manera existencial: véase también W. Schmitt, en: *DVBl.* 1979, p. 873 (875 ss.); además: T. Maunz/H. Schraft, en: *Die Sozialversicherung der Gegenwart*, anuario, tomo 7 (1968), p. 5 (9). En relación a la figura del “contrato generacional” también *BVerfGE* 53, 257 (292 ss., 295); véase también *E* 53, 164 (177): evitar la sobrecarga de las “generaciones económicamente activas”.

¹⁵⁴ Cf. ya en K. Mannheim, *Das Problem der Generationen* (1928), en: *Ídem*, *Wissenssoziologie*, 2ª edición, 1970, p. 509 ss.

buenos argumentos extraídos de la teoría del contrato social de *J. Rawls* adaptados a nuestros tiempos¹⁵⁵. Se presupone que una de las partes contratantes es la próxima generación, al menos se debe trabajar en base a esta “ficción”¹⁵⁶. A la vez que se debe intentar establecer límites a las reformas constitucionales para *vincular* a la futura generación (cf. Art. 79 inc. 3 GG), también se debe *liberar* a esta futura generación, por lo cual no se la debe cargar con demasiados problemas ambientales y debe existir un *autocompromiso* (también vía deberes fundamentales) con y en la actualidad. Concretamente: no deben desencadenarse riesgos atómicos¹⁵⁷ impredecibles para las futuras generaciones.

Este enfoque constitucional, mejor dicho de la teoría constitucional, encuentra en lo cultural su fundamentación y “elevación”. La Constitución debe transmitir bienes culturales – ¡esto también incluye a la naturaleza! En una serie de Constituciones no es casual que se establezcan vinculaciones entre la cultura y la naturaleza en el texto¹⁵⁸.

¹⁵⁵ J. Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1979, en especial p. 27 ss.

¹⁵⁶ El jurista trabaja habitualmente con ficciones, cf. por ej. F. Wieacker con respecto al “segundo lógico”, en: FS Eric Wolf, 1962, p. 421 ss.; detiene el “reloj” en los gremios de la Unión Europea en Bruselas. Véase también el voto en disidencia de Geller, Rupp, BVerfGE 31, 334 ss.; P. Häberle, *Comentarios en DÖV* 1981, p. 809 ss.

¹⁵⁷ El BVerfGE 49, 89 (137 ss.) ya considera a aquellas regulaciones cuya implementación podría conducir a importantes *daños* constitucionales como potencialmente anticonstitucionales (141 ss.) Esta decisión acepta sin embargo el así llamado “riesgo residual” más allá del umbral de la “razón práctica” (143), porque la probabilidad de que se produzca un daño es *prácticamente* nula “en el actual estadio de desarrollo de la ciencia y la técnica” (143). Este riesgo residual se refiere solamente a la aprobación de las centrales atómicas- la pregunta (aún sin respuesta) acerca del *tratamiento* de los residuos atómicos no fue cerrada, más bien fue (“por ahora”) postergada, haciendo referencia a una “reformulación” por parte de los legisladores. La *-irreversible!* – sobrecarga de las futuras generaciones con nuestros desechos atómicos por siglos, al servicio de unas pocas décadas de crecimiento, se torna difícil de justificar si se considera a la Constitución (también) como un contrato generacional, mientras que a los aún no nacidos se les obstaculiza la ponderación de *su* propio riesgo, cf. R. Spaemann, en: Scheideweg 9 (1979), p. 476 (488 ss.).

¹⁵⁸ Cf. Art. 150 inc. 1 WRV (Constitución de Weimar): los monumentos artísticos, históricos y de la naturaleza y el paisaje gozan de la protección y del cuidado del estado. Similar es el Art. 141 inc. 1 párr. 1 de la Constitución de Baviera y el Art. 40 inc. 1 párr. 3 de la Constitución

La naturaleza y la cultura son bienes transformados por el hombre y continuamente influenciados por los cambios; ambos se encuentran específicamente vinculados – tanto en la historia de las ciencias humanas como de las ciencias sociales. Ante la amenaza y la “escasez” de la naturaleza, esta relación sale a la luz en la actualidad de manera renovada: hoy la protección de la *naturaleza* significa también protección de la cultura; el entorno natural y cultural son en este sentido *un único* entorno¹⁵⁹. Con el suceder de las generaciones, la protección de la naturaleza como “bien cultural” se volvió una tarea sustancial para el *estado cultural* (cf. Art. 3 Constitución de Baviera). Específicamente: en lo referente a la preservación de la naturaleza como sustrato y condición para el desarrollo de la vida de las generaciones futuras, ésta se encuentra bajo el estatuto de la protección de monumentos¹⁶⁰; existe una pertenencia “de mayor importancia que la libertad: la integridad de aquella naturaleza en cuyos nichos ecológicos se encuentran la vida y la libertad” (*R. Spaemann*)¹⁶¹. El estado constitucional debe ocuparse de lo que para él es “sustancial”. A la herencia “cultural” y “natural” también corresponde la transmisión del espacio vital, más específicamente del entorno, a lo largo de las generaciones¹⁶².

de Rheinland Pfalz, el 34 inc. 2 de Saar. ¡En el Art. 62 de la Constitución de Hessen, en lo restante prácticamente idéntico, se reemplaza el concepto de “naturaleza” por el de “cultura”! El Art. 18 inc. 2 Constitución de Nordrhein Westfalen protege los monumentos culturales, históricos y artísticos, el paisaje y los monumentos de la naturaleza. El Art. 9 inc. 2 de la Constitución Italiana (1947): “Ella (ref. a la República) protege el paisaje y la herencia histórica y artística de la Nación”.

¹⁵⁹ Significativo es el Art. 24 inc. 1 párr. 1 de la Constitución Griega de 1975: “La protección del entorno natural y cultural es un deber del estado”.

¹⁶⁰ Con relación al “olvidado factor tiempo” en la explotación de las materias primas de la tierra sin horizonte temporal: H. Gruhl, *Ein Planet wird geplündert*, 1978, p. 91 ss. Una postura crítica ante el “reclamo ecológico” se encuentra especialmente en A. Mohler, *Der Traum vom Paradies*, 1978.

¹⁶¹ R. Spaemann, en: *Scheideweg* 9 (1979), p. 476 (496).

¹⁶² Cf. P. Häberle, *VVDStRL* 38 (1980), p. 340 ss. (Discusión). También es posible argumentar en un sentido específicamente *constitucional* de la siguiente manera: la Constitución tiene

En la *democracia liberal* el pueblo no tiene un poder ilimitado de disposición sobre la herencia que ha recibido y que le ha sido encomendada. Sólo posee una especie de “fideicomiso”¹⁶³ sobre los bienes naturales y culturales: debe entregarlos a la posteridad; la cual también tiene que poder vivir en condiciones de libertad política y cultural, y en democracia¹⁶⁴. El “pueblo” es, también en la dimensión temporal, una fuerza *pluralista*. De esto surgen compromisos y responsabilidades constitucionales.

En el plano de los *derechos fundamentales* actúan limitaciones en un doble sentido. Derechos fundamentales como en el Art. 2 inc. 2 GG (protección de la vida y de la salud) protegen “anticipadamente” ya desde ahora a los aún no nacidos¹⁶⁵ - así como el Art. 2 inc. 2 GG protege a los aún no nacidos en el marco de la discusión en torno al § 218 StGB¹⁶⁶. Pensado desde el presente, esta protección se refuerza por los *deberes fundamentales*: al ciudadano actual – cuya biografía individual se halla vinculada a la biografía cultural de su pueblo - se le plantea

la tarea de proteger ante un abuso estatal o social del poder. Este pensamiento debe ser considerado en la dimensión temporal: la generación aún no nacida, el “pueblo en gestación”, ya hoy es objeto de la protección del derecho constitucional. Al menos desde el enfoque cultural ampliado es posible argumentar de esta manera. Existe una especie de “garantía de vida” para el pueblo en la secuencia generacional. Como pueblo cultural sólo puede sobrevivir bajo la existencia de la tradición cultural.

¹⁶³ Plásticamente se vinculan en el *preámbulo* de la Constitución de Baden (1947) la historia, el presente y el futuro en el *Treuhandgedanken* (pensamiento *fiduciario*): “...el pueblo de Baden, como agente fiduciario de la transmisión de la cultura de Baden y animado por la voluntad de reestructurar a su estado con espíritu democrático según los principios de la ley moral cristiana y de la justicia social, se ha otorgado la siguiente Constitución”. En general acerca de la dimensión temporal en los preámbulos véase *mi* clase magistral dictada en Bayreuth, en: FS Broermann (nota 19).

¹⁶⁴ No nos referimos aquí al planteo de una garantía “ingenua” del *statu quo* de naturaleza y cultura. Ambas son demasiado cambiantes, aunque igualmente deben establecerse condiciones mínimas.

¹⁶⁵ En cuanto a la “ampliación del radio de acción y garantía de los derechos fundamentales”: P. Häberle, VVDStRL 30 (1972), p. 43 (69 ss.).

¹⁶⁶ Cf. BVerfGE 39, 1. Una contribución a la argumentación también se encuentra en el Art. 125 inc. 1 párr. 1 de la Constitución de Baviera; “niños sanos son el bien máspreciado de un pueblo”.

un deber fundamental (¡Art. 1 inc. 1 párr. 1 GG!) relativo al respeto por la vida y la integridad física del ciudadano del mañana¹⁶⁷. Este deber fundamental basado en la teoría del contrato no solamente es de naturaleza moral y retórica, se torna una obligación jurídica. La literalmente existencial *solidaridad* – tanto natural como cultural- del ciudadano de un pueblo, no es solamente una cuestión del hoy y en el hoy, también es una cuestión en la *sucesión generacional*.

Las puntuales competencias del jurista relativas a la *protección de los monumentos y de la naturaleza* (por ej. Art. 74 inc. 24, 75 inc. 3 GG; Art. 141, 83 inc. 1, al final, de la Constitución de Baviera) pueden contribuir a formular esta cuestión. Contemplado a la luz de una interpretación material (positiva) de las competencias¹⁶⁸, la Constitución se propone garantizar y promover la conciencia acerca de la protección de monumentos, paisajes, naturaleza y medioambiente como tareas culturales permanentes. Se prohíbe de esta manera la puesta en peligro de un medioambiente por los desechos atómicos.

En resumen, se da lugar a que los daños ambientales que puedan afectar a futuras generaciones *ya hoy* en día se encuentren limitados: desde la cultura constitucional. Dónde se deben establecer específicamente, continúa siendo una discusión. Que, sin embargo, *deben* ser establecidos, debería ser evidente. La pretensión de eternidad del GG en el Art. 79 inc. 3 GG ha dado un viraje con relación a estos nuevos límites para la actuación en el estado constitucional; éste le otorga una nueva legitimación.

3.3. En concreto: Límites del endeudamiento del estado

Una última observación acerca del endeudamiento del estado: se trata de un asunto discutido para la *economía nacional*.

¹⁶⁷ Véase también la apelación a la “conciencia generacional” en H. Gruhl, Ein Planet wird geplündert, 1978, p. 231 ss.

¹⁶⁸ Cf. H. Ehmke, VVDStRL 20 (1963), p. 53 (89 ss.), ahora en: Ídem, Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, 1981, p. 329 (360 ss.); P. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, p. 468 ss., 618, 666 ss.; C. Pestalozza, en: Der Staat 11 (1972), p. 161 ss.

La historia de los dogmas y la teoría contemporánea pendulan entre dos textos clásicos: las palabras de *Ricardo* acerca de que “el endeudamiento público es uno de las más terribles flagelos que han sido ideados para castigar a la nación” y la afirmación de *Lorenz von Stein*: “un estado sin deudas públicas o está haciendo demasiado poco o exige demasiado de sus contemporáneos”¹⁶⁹. Probablemente sea el *término medio* el correcto¹⁷⁰, en especial porque las Constituciones democráticas no deben comprometerse con *una* sola teoría científica. Las deudas públicas sirven -como el seguro social- a la distribución de oportunidades y de cargas entre generaciones y “entre los tiempos”¹⁷¹. Como no es posible definir un límite absoluto y cuantificable para el endeudamiento estatal independiente de tiempo y espacio, se torna aún más importante la discusión con relación al establecimiento de un límite al endeudamiento concreto. Éste se ha alcanzado cuando la carga impositiva de los ciudadanos es a largo plazo tan alta que “el pago de los intereses resultantes de nuevos endeudamientos prácticamente no precisa ser financiado por un aumento impositivo, sino principalmente a partir de ahorros...”¹⁷².

¹⁶⁹ Citado por R. Hickel, en: K. Diehl/P. Mombert (ed.), *Das Staatsschuldenproblem*, 1980, p. VI.

¹⁷⁰ Cf. R. Hickel, ebd., p. XXXIX: “Necesidades y límites del endeudamiento público”. De diferente manera también E. Lang/W. A. S. Koch, *Staatsverschuldung – Staatsbankrott*, 1980. Véase también la postura intermedia del Instituto Alemán para la Investigación Económica (FAZ del 2/7/1981, p. 11), que advierte tanto ante “esfuerzos político-económicos en dirección expansiva” como también ante una reacción desmesurada frente a la solicitud de un recorte radical del déficit estatal. Sin embargo, véase también el título del trabajo de J. Starbaty, FAZ del 14/3/1981, p. 13: “Los bienes públicos de la sociedad se están consumiendo”.

¹⁷¹ En cuanto a la discusión americana acerca de la “inter-generation equity”: H. Hoppe, *Probleme der öffentlichen Verschuldung*, Institut Finanzen und Steuern e. V., cuaderno 115, 1977, p. 81 ss.

¹⁷² H. Hoppe, ebd., p. 58. Püttner, ebd., p. 11 y otros desarrollos a partir del principio básico “poder temporal”, según el cual el legislador elegido sólo puede disponer de los ingresos definitivos para el período de su función y no especular con los ingresos de los futuros funcionarios. El estado de la discusión es resumido por K. Stern, *Das Staatsrecht der BR Deutschland*, tomo 2, 1980, p. 127 ss., con otras referencias; además: P. Schaal, *Thesen zur Staatsverschuldung in der BR Deutschland*, en: BB 1981, p. 1 ss.; H. H. von Arnim,

¿Cómo se puede justificar un límite semejante en el contexto de un *estado constitucional*? En mi opinión, con la ayuda del “argumento del tiempo”. La *democracia*, entendida tal como la define *Theodor Heuss* como poder temporal¹⁷³, intenta en el derecho constitucional presupuestario y financiero limitar el poder a partir de un riguroso “régimen del tiempo”¹⁷⁴ y asegurar de esta manera la libertad política. Además del control del poder que ya se realiza a través la limitación del período legislativo parlamentario a cuatro años, le sirven a esta meta los siguientes institutos “formales”, que descomponen la microdimensión “tiempo en el derecho constitucional” en unidades aún más *pequeñas* (“medidas temporales”) que los períodos de cuatro años: la determinación del presupuesto “según uno o más ciclos de ejercicios contables” (Art. 110 inc. 2)¹⁷⁵, la detallada normalización de la admisibilidad de efectivizar gastos antes de la aprobación del presupuesto, la estricta reglamentación de un *derecho presupuestario provisional* (Art. 111 GG)¹⁷⁶, la obligatoriedad de la rendición de cuentas del Ministro de Hacienda en el transcurso del ejercicio económico siguiente y de la auditoría *anual* por parte del Tribunal Federal de Cuentas (Art. 114 GG)¹⁷⁷.

Grundprobleme der Staatsverschuldung, en: BayVBl. 1981, p. 514 ss.; G. Brenner, C. E. Haury, E.-M. Lipp, Staatsverschuldung und Verfassung, en FinArch 38 (1980), p. 236 ss.

¹⁷³ La democracia como “poder temporal” por cierto también se puede denominar “poder en el tiempo”. Sin embargo esto no debe significar que la actual generación concientemente provoque cargas prácticamente intolerables para la futura generación a través de hechos irreversibles y le “quite” de esta manera el futuro.

¹⁷⁴ Completamente bajo el estricto régimen del tiempo también se hallan las normas paralelas en los estados constitucionales más nuevos: cf. Art. 78 Constitución de Grecia (1975), que en el inc. 2 establece la prohibición de efectos retroactivos para las leyes relativas a impuestos y cargas financieras; el Art. 79 inc. 5 de la misma Constitución prevé una limitada prórroga del antiguo presupuesto ante la ausencia de uno nuevo. Cf. también Art. 134 Constitución de España (1978).

¹⁷⁵ Véase también el uso del concepto de “períodos” en el Art. 110 inc. 2 párr. 2 GG.

¹⁷⁶ Asimismo Art. 80 Constitución de Baden-Württemberg; Art. 140 Constitución de Hessen.

¹⁷⁷ Cf. con H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, 1953, p. 129, ahora en: Ídem, Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, 1981, p. 128: “Un momento esencial

Esta sensibilidad temporal expresamente normalizada¹⁷⁸ y el pensar en “pequeñas unidades temporales” es un primer indicio de que en el ámbito presupuestario y financiero el estado constitucional sólo quiere otorgar la libertad disposicional para algunos aspectos y por un tiempo determinado –es decir de manera limitada-. Detrás de la, en apariencia, meramente formal “dominación temporal”, se esconde un pensamiento material¹⁷⁹ (una parte de la división de poderes y el aseguramiento de la libertad política). La postura moderada de la Constitución, originada en la responsabilidad democrática, persiste, porque las deudas en tanto “acontecimientos negativos” son más difíciles de deshacer que cualquier ley. Desde el aspecto material¹⁸⁰, son

para el aseguramiento de la libertad política en la sucesión generacional es el derecho presupuestario, porque los gastos por lo general son aprobados por el plazo de un año y no por períodos temporales incontrolables”.

¹⁷⁸ El estricto “régimen” del tiempo también puede observarse en las Constituciones de los Länder alemanes (cf. por ej. Art. 107 inc. 2 Const. Saar; Art. 141 hasta 144 Const. Hessen).

¹⁷⁹ Con razón afirma G. Püttner, *Staatsverschuldung als Rechtsproblem*, 1980, p. 12, que la obligación del balance presupuestario anual “no es solamente una cuestión secundaria”.

¹⁸⁰ Desde un enfoque *comparado*, o mejor dicho *histórico*, pueden reconocerse en las actuales reglamentaciones del derecho presupuestario y financiero constitucional, elementos para el *disciplinamiento del estado constitucional* con relación al endeudamiento estatal. Según Art. 115 inc. 1 GG (asimismo Art. 84 párr. 2 Const. de Baden-Württemberg; Art. 54 párr. 2 Const. de Niedersachsen; Art. 117 párr. 2 Const. Rheinland-Pfalz), los ingresos a través de créditos no deben superar la suma estipulada para inversiones prevista en el presupuesto. El derecho más antiguo fue más estricto: ya el Art. 115 párr. 1 GG versión antigua- vigente hasta 1969 (con respecto a esto G. Püttner, *Staatsverschuldung als Rechtsproblem*, 1980, p. 17 ss.) – permitía la obtención de créditos “sólo ante la necesidad extraordinaria y en regla general sólo para gastos promocionales”. Con esto se encontraba en consonancia con algunas Constituciones alemanas aún vigentes (Art. 75 inc. 2 Const. Berlín permite empréstitos “sólo para solventar una necesidad extraordinaria, en regla general sólo para inversiones cuyo valor sea permanente”; asimismo Art. 141 Const. Hessen; Art. 46 Const. Schleswig-Holstein). Art. 82 Const. Baviera contiene la cláusula de la “necesidad extraordinaria”. Muchas Constituciones “superadas” concordaban con la versión antigua del Art. 115 GG: cf. Art. 87 WRV: “sólo ante la necesidad extraordinaria y en regla general sólo para gastos promocionales”. Este modelo también es seguido por las Constituciones de Alemania del este después de 1945 (citado en B. Dennewitz, *Die Verfassung der modernen Staaten*, tomo 2, 1948): Art. 57 Brandeburgo; Art. 84 Mecklenburg-Vorpommern; Art. 83 párr. 1 Sachsen-Anhalt; Art. 66 inc. 1 Thüringen. De las ya derogadas Constituciones de los Länder del sudoeste alemán se correspondía el Art. 102 de la Constitución de Baden (1947) con los principios del Art. 87 WRV.

además aquellas normas constitucionales que buscan delimitar el poder financiero del estado, las que vinculan la obtención de créditos con precondiciones como la “necesidad extraordinaria”, “fines promocionales”, “valores permanentes”, entre otros¹⁸¹. También corresponden aquí las condiciones limitadas bajo las cuales, en caso de una inesperada e impostergradable necesidad en el sentido del Art. 112 GG, se aceptan gastos que excedan el límite fijado en el presupuesto¹⁸²; asimismo el principio de la preservación del “patrimonio básico” del Estado (Art. 81 Constitución de Baviera).

Este estricto “régimen temporal” fue reivindicado por el estado constitucional democrático a causa del peligro que significa un manejo financiero incontrolado y a largo plazo; más aún, el manejo financiero debe ser limitado especialmente en la dimensión macro de “la Constitución en el tiempo”: en beneficio de la libertad política.

Finalmente es pertinente el principio constitucional del *estado prestacional*: un estado constitucional extremadamente endeudado en el largo plazo, es decir en la sucesión generacional, no puede resolver sus responsabilidades en cuanto a la gestión eficaz ni al cumplimiento del derecho fundamental cuando su obligación de saldar los intereses de la deuda le quita toda libertad de acción democrática. Su capacidad de cumplir con los compromisos públicos¹⁸³ debe ser mantenida tanto como la libertad política. Esto puede implicar la *toma* de deuda pública

¹⁸¹ ¡Estas cláusulas de necesidad son a su vez un ejemplo de normas constitucionales que ya implican *en sí mismas* una transformación! (véase también Art. 112 GG).

¹⁸² Cf. BVerfGE 45, 1; con respecto a la “presión temporal”: ebd. p. 36 ss.; también K. Stern, en: FinArch 37 (1979), p. 94 ss.

¹⁸³ El concepto “estado prestacional” es precisado por el autor, entre otros, por analogía con las cláusulas de bien común en el derecho comunitario (VVDStRL 30 [1972], p. 43 [57]). Siguiendo esta línea, para establecer los límites del endeudamiento, G. Püttner, ebd., p. 20 ss. se remite convincentemente a las normas del derecho comunitario que excluyen la aprobación estatal “cuando las obligaciones crediticias no se hallan en consonancia con la capacidad de rendimiento permanente de la comunidad”.

(¡inversiones a futuro!) como también su *limitación*¹⁸⁴. En esto consiste la inevitable ambivalencia del problema y las dos cabezas de Jano del tema “tiempo y cultura”.

Lista de abreviaturas

BVerfG	(Bundesverfassungsgericht): Tribunal Constitucional Federal
BVerfGG	(Bundesverfassungsgerichtsgesetz): Ley del Tribunal Constitucional Federal
BVerfGE	(Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht): Sentencias del Tribunal Constitucional Federal
DRiG	(Deutsches Richtergesetz): Ley Judicial Alemana
GG	(Grundgesetz): Ley fundamental, Constitución alemana
MRK	(Menschenrechtskonvention): Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
WRV	(Weimarer Reichsverfassung): Constitución de Weimar

¹⁸⁴ Desde la teoría constitucional es importante distinguir si el endeudamiento estatal resulta de inversiones con vistas a futuro o para sueldos de funcionarios, si se deben financiar gastos productivos o de consumo. Para un esclarecimiento legal del concepto “inversión”: K. Stern, Das Staatsrecht der BR Deutschland, tomo 2, 1980, p. 1281.

Lecturas de Spinoza: hacia una torsión materialista de las prácticas jurídicas

Spinoza readings: towards a materialistic twist of legal practices

Leituras de Spinoza: Rumo a uma torção materialista das práticas jurídicas

Lectures de Spinoza: vers une torsion matérialiste des pratiques juridiques

SPINOZA (斯宾诺莎) 的读物: 朝着法律实践的实质性转变

Juan Emilio Ortiz¹

Universidad Nacional de Rosario - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 126-165

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e417>

Recibido: 13/07/2020

Aprobado: 14/08/2020

Resumen: El presente escrito indagará en algunas lecturas contemporáneas de Spinoza con una finalidad específica: pensar una torsión materialista para reflexionar sobre el Derecho con el fin de conectar al dispositivo con su dimensión real. El objetivo será cuestionar la fundamentación idealista de las prácticas jurídicas mostrando el anclaje de las instituciones en el movimiento afectivo de los individuos y las sociedades. De esta manera, será posible explorar una fundamentación

¹ Profesor y Licenciado en Filosofía egresado de la Universidad Nacional de Rosario (UNR), Argentina. Estudiante del Doctorado en Humanidades y Artes en dicha Institución. Docente Adscripto y Auxiliar de Investigación en la cátedra Teoría Sociológica dictada en la Facultad de Humanidades y Artes (UNR); Empleado Administrativo del Poder Judicial, Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. juane_ortiz@hotmail.com. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8427-0774>).

del Derecho que no lo reduce a ser un mero instrumento de dominación, sino una herramienta democrática cuya potencia es imprescindible para generar transformaciones necesarias.

Palabras clave: Spinoza, Materialismo, Idealismo, Derecho, Ficción Jurídica, Afectos, Pasiones.

Abstract: The present writing will investigate some contemporary Spinoza readings with a specific purpose: to think of a materialist twist to reflect on the law in order to connect the device with its real dimension. The objective will be to question the idealistic foundation of legal practices showing the anchoring of institutions in the affective movement of individuals and societies. In this way, it will be possible to explore a foundation of law that does not reduce it to being a mere instrument of domination, but a democratic tool which power is essential to generate necessary transformations.

Keywords: Spinoza, Materialism, Idealism, Law, Legal Fiction, Affections, Passions.

Resumo: O presente trabalho investigará algumas leituras contemporâneas de Spinoza com um objetivo específico: pensar uma torção materialista para refletir sobre o direito com a fim de conectar o dispositivo com sua dimensão real. O objetivo será questionar o fundamento idealista das práticas jurídicas mostrando a ancoragem das instituições no movimento afetivo dos indivíduos e as sociedades. Dessa maneira, será possível explorar uma fundamentação do Direito que não o reduza a um mero instrumento de dominação, mas um instrumento democrático cuja potência é essencial para gerar transformações necessárias.

Palavras-chave: Spinoza, Materialismo, Idealismo, Direito, Ficção Jurídica, Afecções, Paixões.

Résumé: Cet essai explorera certaines lectures contemporaines de Spinoza avec un but précis: penser à une torsion matérialiste pour réfléchir sur la Loi afin de relier le dispositif à sa dimension réelle. L'objectif sera de remettre en question le fondement idéaliste des pratiques juridiques montrant l'ancrage des institutions dans le mouvement affectif des individus et des sociétés. De cette manière, il sera possible d'explorer un fondement du Droit qui ne le réduit pas à un simple instrument de domination, mais plutôt à un outil démocratique dont la puissance est essentielle pour générer les transformations nécessaires.

Mot-clés: Spinoza, matérialisme, idéalisme, droit, fiction juridique, affections, passions.

摘要: 本书将研究 Spinoza (斯宾诺莎) 的一些当代读物, 其目的是特定的: 思考一种物质主义的转折, 以反思法律, 以便将设备与实际尺寸联系起来. 目的将是质疑法律实践的理想主义基础, 该理论表明制度在个人和社会的情感运动中的根基. 这样, 将有可能探索法律的基础, 该基础不会将其缩减为仅仅是统治的工具, 而是一种民主工具, 其力量对于产生必要的转变至关重要.

关键字: Spinoza (斯宾诺莎), 唯物主义, 唯心主义, 法律, 法律小说, 感情, 激情

I. Introducción

Este escrito está motivado por la convicción de que la teoría y la *praxis* cotidiana del derecho necesitan vincularse adecuadamente con un ejercicio efectivo y serio de crítica filosófica. Muchos problemas actuales requieren de un conjunto de prácticas jurídicas que sean capaces de defender derechos humanos básicos ante el avance de formas de dominación cuya dinámica se ha vuelto imperceptible. Nuestro país ha experimentado recientemente los riesgos de la acumulación de capital financiero conjugado con el despliegue de políticas neoliberales. Su combinación explosiva se presenta como una amenaza permanente para derechos humanos básicos como la vida, la salud, la educación pública, la vivienda y el ambiente. Creo que estas cuestiones son potenciadas por algunas *ficciones jurídicas* que anidan en la fundamentación misma de nuestras instituciones y animan este tipo de lógicas de dominación con sus identidades correlativas.

Estas ficciones se presentan como cierres ideales que condicionan tanto el contenido de los derechos como las identidades a las que se aplican. En otras palabras, actúan en torno a algún principio de síntesis de carácter trascendente, empírico o incluso dialéctico. El problema con este tipo de fundamento apriorístico deviene cuando se pierde de vista su contenido

ideológico y sedimentado por el ejercicio de las prácticas de gobierno. El dispositivo pierde así su dimensión real, se convierte en una finalidad en sí misma, desconociendo personas y procesos reales. En esta dinámica, diversos aspectos de la realidad se vuelven ilegales dependiendo del criterio de aquellos que manejan el aparato legal. Por esta razón, estudios ya clásicos como los de Michel Foucault, Gilles Deleuze, Giorgio Agamben enfatizan el papel del Derecho en la reproducción de identidades funcionales a diversas formas de dominación.

En consonancia con esas ideas, creo que es una tarea urgente desarticular cierto grado de idealismo que aún se cierne sobre la institución jurídica con el fin de pensar más rigurosamente su contacto con la dimensión real (óptica). Para ello, el presente escrito indagará en algunas lecturas contemporáneas del filósofo Baruch Spinoza (1632-1677) con una finalidad específica: Pensar una torsión materialista para abordar el Derecho. El objetivo será mostrar que la institución jurídica tiene un anclaje en el movimiento afectivo de los individuos y las sociedades. De esta manera, será posible explorar una fundamentación del Derecho que no lo reduce a ser un mero instrumento de dominación, sino una herramienta democrática cuya potencia es imprescindible para generar transformaciones necesarias.

II. La recuperación del materialismo de Spinoza en el siglo XX

Ahora bien, es sabido que la principal característica de la filosofía de Spinoza radica en su rechazo hacia las fundamentaciones trascendentes originadas en la imaginación. En el *Tra-tado Político* su método de inmanencia se aplica a reflexionar acerca de los fenómenos políticos produciendo una inversión significativa que sigue una línea ya abierta por Maquiavelo.² Allí,

² La innovación radical del pensador del florentino fue realzar la singularidad de lo político como un ámbito autónomo e irreductible a los principios que rigen la moral y la religión. Este método, supone un principio de acción sumamente realista que ayuda a repensar la función de las síntesis ideales. En este movimiento de desmontaje de ideas ilusorias Maquiavelo advirtió

Spinoza sugiere que la dinámica política debe concebirse como una ciencia de los afectos y las pasiones dejando de lado los supuestos ilusorios acerca de aquello que las personas deberían ser. Desde el inicio del texto, Spinoza sugiere que los filósofos han interpretado como vicios un conjunto de comportamientos que son constitutivos de nuestra naturaleza. Siguiendo esta lógica, en el primer capítulo de sus *Tratado político* afirma:

Traté por todos los medios de no ridiculizar las acciones de los hombres, de no llorarlas, de no detestarlas, y adquirir en cambio de ellas un conocimiento exacto. He considerado asimismo los afectos humanos: el amor, el odio, la cólera, la envidia, la soberanía la piedad y los restantes movimientos del alma, no como vicios sino como propiedades de la naturaleza humana; modos de ser que les pertenecen, lo mismo que pertenecen a la naturaleza del aire, el calor, el frío, la tempestad, el trueno y todos los meteoros. (Spinoza, 2014: 30).

Siguiendo esta lógica, el pensador de Ámsterdam promueve el reemplazo de una moral idealista por un reconocimiento de las relaciones efectivas, pasionales, y conflictivas que articulan los procesos institucionales. A pesar del carácter aparentemente crudo de esta afirmación, la inversión sugerida por el filósofo en ningún momento promueve el caos y el sinsentido. Como analizaré más adelante, la innovación spinozaiana consiste en proponer una acción ética y racional capaz de conjugarse con el reconocimiento de la contingencia de las empresas humanas.

De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar que Spinoza y Maquiavelo sientan las bases de un método radicalmente

ya en su tiempo el componente pasional que subyace a la cualquier acción política. Son las pasiones las que mueven los resortes en la vida de los hombres, constituyendo un horizonte de generalidad en el cual se dibujan de manera singular las instituciones que rigen una sociedad. En consecuencia, si alguien desea gobernar no es prudente que lo haga a partir de las ideas anquilosadas de la moral propia de tiempos pasados, sino reconociendo la dinámica del deseo inherente a la vida de los hombres. Para mantener el Estado, el Príncipe: «se ve obligado a actuar contra la fe, la humanidad, la caridad y la religión. Por eso, necesita un ánimo dispuesto a moverse según los vientos intempestivos de la Fortuna» (Maquiavelo, 2004: 133).

materialista que despertó fuertes críticas entre sus contemporáneos. Ambos filósofos habrían logrado pensar la política desde sus relaciones de fuerzas efectivas y pasionales sin el recurso a las ilusiones trascendentes de la imaginación. Cuando no media un proceso de crítica, estas ilusiones promueven la sedimentación de algunos saberes y prácticas. Surgen así actitudes reaccionarias que obturan la apertura hacia el movimiento efectivo de lo real. El problema es que ambos pensadores quedaron sepultados por el peso del racionalismo moderno hegemónico que hereda el método de la tradición medieval.³ Sin embargo, hacia finales del siglo XX se produce un modo de abordar lo filosófico y lo político que encuentra en Maquiavelo y Spinoza sus antecesores más prolíficos.

Claude Lefort por ejemplo, sostiene que Maquiavelo le habla a la juventud incitándola a desafiar los ideales anquilosados del conservadurismo de su tiempo. En este sentido, recupera una interpretación abierta por Antonio Gramsci cuando sugiere que el realismo de Maquiavelo se relaciona con la impronta revolucionaria de Marx.⁴ La esencia de este realismo consiste en estudiar el mecanismo de la vida social con el fin de ponerlo en provecho de cada grupo que esté dispuesto a defender su posición. (Lefort, 1988: 150). Si Maquiavelo habla a los príncipes, no lo hace para darle consejos, sino para hacerlos conscientes de que el poder que ellos tienen es el resultado de una lucha social inscrita en una singularidad histórica. Ellos pueden ser víctimas de esas creencias ilusorias en las que su poder

³ El *principio de personalidad* de la Edad Media es el que impera en la racionalidad cartesiana que efectúa dos movimientos íntimamente conectados. Por un lado, reconocer en el "yo" una certeza indubitable. Por otro lado, recurrir a un presupuesto de la idea de Dios para garantizar el acceso de ese "yo" al mundo exterior.

⁴ En relación a este punto, Lefort afirma: «Esta cuestión está sin duda en los orígenes de la interpretación tan sugestiva que Antonio Gramsci ha presentado en sus notas sobre Maquiavelo. Su mérito viene de que, situándose en los horizontes del marxismo, no procura de ninguna manera encerrar el pensamiento maquiaveliano en los límites de un marco social donde se agotaría su significación, sino que tiende más bien a enlazar las dos teorías como dos momentos constitutivos de una experiencia sociológica de la realidad.» (Lefort, 1988: 149).

se relaciona con las masas, o bien, pueden usar esta dinámica a su favor, insertarse satisfactoriamente en el juego del poder y generar desplazamientos necesarios. Por eso señala que el príncipe puede tener una función revolucionaria en contra de los sectores conservadores y en favor de sectores populares cuya potencia se encuentra relegada⁵.

En una línea de continuidad, Althusser sostenía que la única tradición materialista hundía sus raíces en el método esbozado por Maquiavelo y Spinoza. Las características de dicho método consisten en pensar la materialidad de esas ideas ilusorias de sentido. En otros términos, ubicar con precisión su lugar adecuado y no permitir que su dominio se extralimite. El mundo es una totalidad, pero la misma no es totalizable por ningún principio *a priori*, sino vivida en su dispersión, es decir, percibida como lo dado a lo que somos arrojados y a partir de lo cual forjamos nuestras ilusiones. El materialismo, decía el francés, es como subirse a un tren en movimiento y disfrutar del viaje sabiendo que no existe un origen prístino ni una finalidad última:

El materialista, por el contrario (del idealista), es un hombre que toma el tren *en marcha* (el curso del mundo, el curso de la historia, el curso de su vida) pero sin saber de dónde viene el tren ni hacia dónde va. Sube en un tren de azar, de encuentro, y descubre en él las instalaciones *factuales* del vagón y los compañeros de los que *factualmente* está rodeado, cuáles son las conversaciones y las ideas de esos compañeros y qué lenguaje marcado por su medio. (Althusser, 1985, p. 140).

Continuando esta impronta, Miguel Abensour se concentra en las implicancias que la filosofía de Maquiavelo y Spinoza tienen en Marx. El autor utiliza este vínculo para sugerir una operación de apertura del determinismo economicista propio del

⁵ En este sentido, Lefort afirma: El príncipe tiene una función revolucionaria por su sola función. Llama a los hombres que, mistificados, no tienen interés por la mistificación. No puede así sino vincularse a la empresa histórica de una clase que, para estar absorbida en el presente en el irrealismo, no está menos llamada a convertirse al realismo absoluto. (Lefort, 1988: 150).

marxismo más dogmático. Marx no habría rechazado el Estado en su totalidad, sino que habría abogado por un Estado racional y no teológico que concuerde con la naturaleza democrática de los hombres⁶. Contra las creencias de un marxismo más esencialista que realza el rechazo de Marx hacia las dinámicas institucionales vigentes, el autor concluirá que no importa tanto la forma institucional que se adopte mientras dicha forma no esté condicionada por presupuestos idealistas que se traduzcan a la práctica. (Abensour, 1998: 130).

Y más recientemente, Frederic Lordon (2015) se concentra específicamente en la filosofía de Spinoza, pertrechando la crítica marxista al capitalismo al revelar su anclaje en una servidumbre pasional. El autor sostiene que es necesario reemplazar la idea de una servidumbre voluntaria para explicar la potencia dominante del capitalismo actual. La sumisión de las personas a la dinámica de un *totalitarismo financiero* se encuentra en la captación del deseo de autoconservación, generando un acoplamiento de los deseos individuales a las tendencias impuestas por la economía hegemónica. La relación salarial es aceptada por el temor a perder los medios para satisfacer el deseo primigenio de subsistencia material. De este modo, quedan sometidas las voluntades disidentes y los afectos alegres quedan alineados a los vectores dominantes impuestos por el capitalismo financiero.

A partir de lo anterior, se aprecia que el vínculo entre Spinoza y Maquiavelo es recuperado para pensar el complejo nudo que se produce entre lo político, lo económico y los afectos subjetivos. El presente trabajo pretende insertarse en la senda abierta por estos debates. Mi objetivo es concentrarme específicamente en el método spinoziano para mostrar desde allí una concepción del derecho capaz de habilitar múltiples formas de

⁶ Afirma Abensour: «Vemos pues dibujarse con nitidez una línea de continuidad que va de Maquiavelo a Marx pasando por Spinoza, y que consiste en liberar la comunidad política del despotismo teológico a fin de devolver a lo político su consistencia propia y permitir así el advenimiento de un Estado racional» (Abensour, 1998: 36).

ser, de sentir y de pensar. Siguiendo esta línea, resultará posible sugerir una torsión materialista de las prácticas jurídicas capaz de devolverle al dispositivo su dimensión real. La hipótesis radica en mostrar que a través de este método resultará posible evaluar el juego de determinaciones complejas y múltiples que subyacen a nuestras prácticas jurídicas. Estas no se reducen a una naturaleza esencialista del contenido del derecho que pasaría por alto la reificación y el carácter histórico e ideológico de las identidades y los códigos. Tampoco se reducen a la positividad de un código desde el cual solo habría que efectuar deducciones precisas para llegar hasta la sentencia “correcta”. Por el contrario, tanto los códigos, como las decisiones jurídicas (jurisprudencia), son el efecto de un complejo entrelazamiento que se produce entre los saberes, las relaciones de fuerzas y los afectos subjetivos, cuya singularidad debe ser apreciada en cada caso.

III. Materialismo de Spinoza

III.1. Reformulación del principio de Razón Suficiente

Para lograr estos objetivos comenzaré haciendo un recorrido por algunos tópicos centrales de la ontología spinoziana entendiendo que permite vincularse de otra manera con los entes ideales. Luego, intentaré delinear de qué modo su método constituye una clave para evitar algunos excesos propios de la institución del derecho. Posteriormente, pondré de manifiesto de qué forma creo que su filosofía puede contribuir a pensar una acción jurídica que evite esos desaciertos.

Ahora bien, tal como fue mencionado anteriormente, creo que la apuesta fundamental del materialismo de Spinoza radica en desactivar los efectos de una racionalidad basada en ideas imaginarias de causalidad y finalidad para explicar el devenir de los acontecimientos. Ya en el *Apéndice* del libro Primero de la *Ética* sostiene que este prejuicio de raíz teológica (y teleológica) constituye el origen de los errores que produce la imaginación:

Todos los prejuicios que me propongo indicar aquí dependen de uno solo, a saber, de que los hombres suponen comúnmente que todas las cosas naturales obran, como ellos mismos, por un fin y aun, sientan, por cierto, que Dios mismo dirige todas las cosas hacia un fin cierto, pues dicen que Dios ha hecho todas las cosas por el hombre y al hombre para que lo adore a él. (...) mostraré su falsedad y, finalmente, de qué manera de él han nacido los prejuicios del bien y el mal, del mérito y el pecado, de la alabanza y el vituperio, del orden y la confusión, de la belleza y la fealdad y otros de éste género. (Spinoza, 2014: 38).

Este punto es importante ya que vincula la función de la imaginación con los dilemas inherentes a todo ejercicio normativo que emite juicios para distinguir entre lo aceptable y lo condenable. Toda ley está vinculada estrechamente a una concepción de lo humano, a sus causas y fines, y por esa razón es importante pensar los supuestos filosóficos que intervienen en las distinciones señaladas. Es un hecho innegable que en toda sociedad existe un régimen que distingue lo normal de lo anómico. Es cierto también que genera algo de perplejidad advertir la inexistencia de un fundamento que, en sí mismo y con total legitimidad, permita fundar esa división. Es precisamente ante esta perplejidad que creo pertinente recuperar el método spinoziano en la convicción de que puede realizar una contribución importante para pensar estos temas.

En relación con esta problemática se han desarrollado algunos planteos contemporáneos entre los que se destacan, por su gran influencia, los estudios de Michel Foucault. El francés ha mostrado la contingencia de principios que se consideran naturales y necesarios. En efecto, se ha encargado de hacer explícita la historicidad de esos regímenes normativos y su vínculo con un estado de relaciones de poder. Y esto lo ha hecho tanto en lo que se refiere al contenido de los derechos como a sus aspectos procedimentales. Sus ideas han puesto en perspectiva histórica algunos objetos típicos de la acción legal como la locura y la delincuencia, mostrando su vínculo con

un conjunto de relaciones sociales imperantes en una época específica. En un mismo movimiento mostró que el procesalismo jurídico de occidente no constituye el punto culminante de una racionalidad que se mueve hacia el progreso, sino que está ligado a determinadas relaciones políticas, ideológicas y religiosas que se consolidan en la Europa medieval y cristiana.⁷ Claramente, Foucault se inserta en una línea de pensadores que ha procurado mostrar los anudamientos entre las instituciones y las pasiones de dominio. No obstante, su filosofía ha sido mal entendida y se ha pensado que la descripción de los regímenes de normatividad da lugar a un relativismo inoperante. Francois Ost, por ejemplo, sostiene que los análisis de Foucault son “simplistas y tramposos” (Ost, 2017: 46) y corren el riesgo de afirmar de un modo claramente ilegítimo que la institución del derecho se reduce a sus efectos de dominación.

Disidiendo de posturas como la de Ost, creo que el planteo de Foucault tiene el mérito de promover una mirada cautelara. En efecto, en relación con las finalidades y principios ilusorios aparece uno de los peligros más delicados de la institución del Derecho. Como señala el jurista argentino Raúl Zaffaroni, el derecho nunca puede ser un *fin en sí mismo* sino un instrumento para proteger la dignidad de la persona. Pero si la noción de persona pierde contacto con la realidad, el ejercicio del derecho se arriesga a convertirse en una mera *ficción jurídica* funcional a los intereses de los poderes de turno:

Al respecto es necesario advertir que la persona humana es un concepto jurídico pero necesitado de un dato real u óntico que es el ser humano. Cuando se lo pretende usar como concepto puro, desmaterializado, prescindiendo de ese dato, no se hace otra cosa que manipularlo para dejar abierto el camino a la ficción jurídica, que da lugar a que se considere que hay humanos no personas o más o menos personas.” (Zaffaroni; Dias dos Santos, 2019: 64).

⁷ En este punto estoy siguiendo un trabajo de Juan Ortiz que se ocupa de estudiar en profundidad los aportes que tiene, para la teoría del derecho, la historia política de la verdad realizada por Michel Foucault. (Cf. Ortiz, 2019).

Ahora bien, resulta sabido que para Descartes fue preciso hallar un método confiable para darse a la tarea del conocimiento y ese método encontraba en la idea de Dios su garantía absoluta. De manera contraria, para Spinoza, el método más apropiado para aproximarse a la verdad se despliega en la misma acción. El proceso de conocer se desarrolla a partir de la pluralidad de los efectos que constituyen la *substancia*:

Mas para mostrar ahora que la Naturaleza no se ha pre-fijado ningún fin y que las causas finales no son, todas, sino ficciones humanas, no es menester muchas palabras. (...) la doctrina del fin trastrueca la naturaleza. Pues lo que en realidad es causa, lo considera como efecto, y a la inversa. Además, lo que es por naturaleza anterior, lo hace posterior. Y, por último, lo que es supremo y perfectísimo lo vuelve imperfectísimo.” (Spinoza, 2014 b: 40).

De este modo, Spinoza sugiere que no existe una norma preestablecida para el conocimiento del mundo, sino que es el proceso mismo del conocimiento el que constituye esa norma. En su *Tratado sobre la reforma del entendimiento* sugiere que no es la esencia inmaculada de la idea de un martillo la causa de todos los desarrollos tecnológicos producidos por la herramienta. Por el contrario, es el uso progresivo de operaciones rudimentarias las que derivaron en la forma de un martillo y en todo lo que éste pudo habilitar.

Así, la realidad pensada como una producción infinita de efectos conduce a considerar de otro modo el famoso principio de *Razón Suficiente*. La fórmula «*Nada es sin causa*» procedía de modo analítico desde los efectos (lo óptico, la indefinición del *ser*) hacia supuestas causas primeras que revestirían un carácter necesario. Las mismas se definían por atributos imaginarios (un Dios todopoderoso, omnipotente, que no puede engañarme) cuyo contenido se naturaliza y vuelve necesarios los fines contingentes creados por la imaginación de las personas. Así es como Descartes salía del encierro del “yo pienso”. Encontraba una idea determinada y suponía que él no podría ser la causa de su contenido.

En la filosofía de Spinoza se invierte este modo de razonar por otro que afirma «*ninguna causa es sin producir efectos*». La misma, procede de modo sintético desde el rastreo de causas reales, de potencias genéricas, a los efectos reales.⁸ Un ejemplo claro lo constituye la idea de *Libertad*. Como idea, es decir, como producto del pensamiento humano, no puede haber error en imaginar el concepto de *Libertad*. Tampoco puede haberlo si el objeto de la imaginación es un caballo con alas. Pero las personas se engañan si se creen libres de modo absoluto como suele sugerir ese concepto imaginario. Ya que su comportamiento se inserta en una red infinita de relaciones causales con otros procesos e individuos. En la proposición 48 de la segunda parte de la *Ética*, Spinoza afirma que: «En el alma no hay ninguna voluntad absoluta o libre, sino que el alma es determinada a querer esto o aquello por una causa que también es determinada por otra, y ésta a su vez por otra, y así hasta el infinito.» (Spinoza, 2014 b: 93).

Por ende, admitir esta multicausalidad en las decisiones del alma es un pensamiento más adecuado que suponerle una libertad absoluta. Esto no quita que haya un sentido de libertad *sui generis* en la filosofía spinoziana ligado al estudio del modo en el que estamos efectivamente sujetos a cierta relación necesaria con los demás. Lo cierto por ahora es que mediante este tipo de operaciones Spinoza desarma la jerarquía fundada por Descartes que erige al pensamiento como certeza indiscutible de acceso a la realidad (“pienso, luego existo”). Como bien advirtió Deleuze, el spinozismo es una filosofía rotundamente anti jerárquica que se abstiene de erigir una síntesis imaginaria como superior al *ser* efectivo de las cosas.⁹

⁸ En este punto sigo una reflexión de Pierre Macherey: «... el principio de causalidad tal como lo sugiere Spinoza, invierte literalmente los términos del principio tradicional: la tan conocida fórmula ‘nada es sin causa’, que procede de manera analítica del efecto a la causa, es sustituida por la nueva fórmula ‘ninguna causa es sin producir efecto’, que procede al contrario de la causa al efecto, sintéticamente, y que resume en una simple frase la concepción genética del conocimiento elaborada por Spinoza» (Macherey, 2013: 81-82).

⁹ Dice Deleuze en su curso sobre Spinoza: «Ven que Spinoza profundiza al máximo su oposición a toda una tradición filosófica, la tradición de lo Uno superior al ser. Lo que él va a

Este es un punto crucial que distingue a Spinoza de Leibniz. Nadie niega la rigurosidad del pensador alemán. Pero es sabido que en su filosofía opera un presupuesto lógico y valorativo que se juzga como jerárquicamente superior al *Ser* de las cosas; El mundo actual es una elección Divina y ha sido creado eligiendo entre el mejor de los mundos posibles. El genio de Leibniz le permitió reconocer la posibilidad de infinitos mundos lógico – matemáticos. Le permitió asimismo advertir la importancia de las singularidades irreductibles en la constitución de estos mundos. Sin embargo, él subsumió estas intuiciones a un principio de necesidad con un contenido valorativo bien definido pero cuestionable. Aquello que sea la ley de lo mejor constituye un asunto sumamente discutible, pero actúa dándole un sentido *a priori* a una realidad que resulta, en principio, indeterminada. Esta falla es advertida por Spinoza cuando señala: «... nosotros queremos que todo esté dirigido de acuerdo con nuestra razón, y sin embargo, lo que la razón afirma que es malo sólo lo es con respecto a las leyes de nuestra naturaleza, pero no lo es si se consideran el orden y las leyes del universo» (Spinoza, 2014: 36). Comienza a percibirse aquí el punto de inflexión que puede introducir la filosofía de Spinoza. Que no consiste en negar la efectividad de algunas ideas, sino en reconocer la realidad de las mismas sin presuponerles un origen trascendente.

III.II. Los riesgos del idealismo en la tipicidad jurídica

De lo anterior se sigue que la filosofía spinoziana desactiva el supuesto de una finalidad ética trascendente. Siguiendo esta línea concibe el pensamiento y la extensión como atributos de una *substancia infinita*¹⁰, sin primacía de uno de ellos por sobre el otro. En ese movimiento, también se distancia de la

producir –creo que es una característica de Spinoza- es la filosofía mas antijerárquica que jamás se haya hecho.»(Deleuze, 2013: 44).

¹⁰ Quizá el término sustancia aquí puede desorientar un poco al promover la idea de un principio esencialista. No obstante, lo que Spinoza entiende por sustancia se relaciona más bien con la idea de esa idea de totalidad no totalizable señalada más arriba.

racionalidad dialéctica en la que aún parece subsistir un inmutable *Principio de Personalidad*. De acuerdo con Macherey la reflexión hegeliana es un pensamiento que se vuelve sobre sí como *Sujeto*. Spinoza y Hegel se acercan cuando ambos conciben al saber como un movimiento, proceso o despliegue y no como esencia. No obstante, se alejan sustancialmente en el momento en que es necesario desfetichizar el pensamiento mismo:

... también Spinoza se aleja de Hegel: al hacer del pensamiento un atributo de la substancia, constituye su movimiento como absolutamente objetivo y lo libera de toda referencia a un sujeto, incluso si este fuera el pensamiento mismo. A partir de allí, la causalidad esencial que está en la base de toda racionalidad se define sin presupuesto teleológico.» (Mecherey, 2013,p. 85).

Mientras que para Hegel el pensamiento llega a abarcar la totalidad de lo real, Spinoza lo presenta como un atributo más de lo real inserto en una trama innumerable de otros atributos. Este punto es central, ya que no existe el *Pensamiento*, sino que existen pensamientos singulares, propios de cada sujeto, sociedad, cultura y pasibles de sufrir variaciones con los vaivenes de la historia.

Allí radica la torsión materialista spinoziana que promueve una descripción de las relaciones reales (deseos, afectos, ideas, movimientos, fuerzas), sin recurrir a un principio fundacional de carácter esencialista. Como señalé *más arriba*, Spinoza propone un modo de hacerse cargo de la realidad reconociendo su dispersión infinita no sometida a ningún poder de síntesis *a priori*. Las consecuencias de este tipo de inversión son grandes. Lo eran en el tiempo de Spinoza y lo son en el nuestro. Ya la crítica hegeliana advertía que Spinoza abogaba por una indefinición absoluta, razón que volvía a su filosofía bastante peligrosa. No tanto por malintencionada, ya que el movimiento inmanente de Spinoza resulta apreciado por el propio Hegel. Pero sí por defender una dispersión en la cual no resultaría posible reconocer ni definir lo singular, el sujeto, en suma, el

concepto. El sistema de Spinoza dificultaría el paso del todo a la parte y esta indefinición se traduce en un inconveniente para establecer operaciones normativas. En primer lugar, la falta de fundamento para decir “*esto*”. De allí deriva la imposibilidad de decir “*esto es bueno o malo*” que se traduce en una dificultad para deducir una legislación: “*se debe esto y no se debe aquello*”.

El asunto es que hay un problema que ha llevado a la cultura humana a ejercer actos desastrosos de totalitarismo y autodestrucción. Y me atrevería a sostener que la causa de los mismos anida más bien en un problema de praxis filosófica que de tecnologías jurídicas o normativas. Si aquellas síntesis que fundamentan las operaciones normativas son ideales, ilusorias, o meras *ficciones jurídicas* en el sentido en que las hemos descrito, habrá muchos aspectos de la realidad que se juzguen como malos, inferiores, anormales, y, por ende, ilegales. Un ejemplo sugerente lo ofrece Diego Tatián cuando analiza la ligazón de gran parte de la filosofía Moderna con la legitimación del racismo. Incluso Hegel no ha sido inmune a este tipo de juicios: «Los africanos, dice Hegel, ‘viven en la barbarie y el salvajismo’ sin haber producido ninguna contribución civilizatoria; recludos en sí mismos y por completo carentes de un reconocimiento universal, no constituyen un sujeto histórico» (Tatián, 2019: 86). Ante estas opiniones, Spinoza ya ofrecía un punto de disidencia entre las tendencias dominantes de la filosofía de su tiempo. En efecto, ya reconocía con agudeza que toda diferencia entre los hombres no debe imputarse como diferencias sustanciales impresas en la Naturaleza, sino que debe situarse en el complejo de relaciones que determinan las diferencias de poder y cultura: «La naturaleza es una y es la misma en todos. Sin embargo, nos dejamos engañar por el poder y la cultura.» (Spinoza, citado en Tatián, 2019: 91).

Creo que en este punto aparece la importancia de la filosofía de Spinoza para pensar algunos excesos. En efecto, existen una gran cantidad de problemas que surgen a causa de la incapacidad para establecer un vínculo adecuado con la idealidad de una tipología jurídica. Un *tipo penal* (supongamos, la figura

del robo) es una creación de un poder estatal basada en una necesidad de ordenamiento normativo. Cuando una persona roba, se dice que su acción se adecuaba a ese *tipo* previamente definido, su conducta es juzgada como típica, antijurídica y reprochable, y recibe por ello una condena. No obstante, cuando el *tipo* legal (que es una idealidad) se concibe como una realidad en sí misma (de manera similar al ejemplo de la libertad expresado mas arriba) y no como el resultado de un entramado de relaciones de poder y cultura (como señala el fragmento de Spinoza), las consecuencias de la acción jurídica pueden ser problemáticas¹¹. Se pueden considerar a título de ejemplo los problemas que genera la tendencia a aplicar un *Derecho Penal de Autor* o *enemigo*. Esta es una figura muy criticada y nadie se atrevería a manifestarse a favor de ella en la actualidad. Se estudia en los manuales de derecho penal como el ejemplo supremo de lo que no hay que hacer. Suele leerse que el derecho en su evolución lleva a condenar sólo por actos determinados y nunca por la condición del autor. Sin embargo, se sabe que la selección que realizan los agentes de las fuerzas de seguridad está atravesada por sesgos basados en características de la persona independientemente del acto cometido. En su manual de Derecho Penal, los autores Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que, si bien esta figura se aplica a casos muy puntuales como el régimen nazi en el que fue muy evidente, se aprecia también en la tendencia a la selectividad inevitable que genera la pulsión de policía en una sociedad: “*Aunque resulte curioso,*

¹¹ En un famoso pasaje de *Vigilar y Castigar*, Michel Foucault constata esta variación de lo que podríamos llamar actualmente un *tipo*. El delito contra la propiedad no era la mayor preocupación para las instituciones que ejercían el poder político durante la Edad Media. Por el contrario, en el Antiguo Régimen, los delitos contra la propiedad, el hurto, algunos asesinatos, no recibían un castigo por parte del poder soberano o se encontraban regulados por resoluciones que, a causa de su inobservancia generalizada, perdían vigencia. Esta situación se revertirá con el cambio de las condiciones políticas y sociales: «El robo, tiende a convertirse en la primera de las grandes escapatorias de la legalidad en ese movimiento que hace pasar de una sociedad de la exacción jurídica y política a una sociedad de la apropiación de los medios y productos del trabajo, para decirlo de otra manera, la economía de los ilegalismos se ha reestructurado con el desarrollo de la sociedad capitalista» (Foucault, 2009:100).

lo cierto es que el tipo es una fórmula textual de selección de acciones, pero que en la mayoría de los casos el poder punitivo usa para seleccionar, vigilar y molestar a personas por sus características, aunque nada tengan que ver con las acciones que esta fórmula criminaliza.” (Zaffaroni, et al, 2007, p. 339)

En el ámbito de los estudios criminológicos es muy conocido que en Estados Unidos las estadísticas arrojan que siendo afroamericano o latino hay más probabilidades de ser arrestado, muerto por la policía o condenado a una sentencia más dura.¹² Este tema se ha reavivado recientemente debido al asesinato del afroamericano George Floyd en Estados Unidos que tuvo un impacto grande en los medios a nivel internacional. El caso de Floyd grafica tristemente el modo en que opera la selectividad del aparato punitivo. Aún así, este punto es sumamente delicado. Porque en el discurso explícito nadie va a reconocer que está juzgando o actuando en base a características que no sean las del acto. En nuestro país, un ejemplo tristemente famoso ocurrió a fines del año 2017 en pleno gobierno neoliberal del expresidente Macri. El joven Rafael Nahuel participaba de un reclamo de tierras de la comunidad Mapuche en el sur de Argentina. Como consecuencia, fue reprimido por el poder policial y asesinado con balas de plomo estando totalmente desarmado.

Lo más preocupante en este tipo de casos es que, habitualmente, este juicio selectivo realizado en una primera instancia por el poder policial es refrendado por los Magistrados en el desarrollo de los juicios, incluso a través de las estrategias que

¹² En un trabajo de reciente publicación, el sociólogo francés Didier Fassin estudia detalladamente la selectividad del aparato punitivo en el ejercicio del poder de *castigar* tanto para el caso estadounidense como europeo. El trabajo aporta un conjunto muy nutrido de casos empíricos en los que se aprecia la selectividad inconsciente de la institución jurídica basada en características del autor y no del acto. Se inicia con el famoso caso del joven afroamericano Kalief Browder (Fassin, 2018, p.27) como ejemplo típico de la penalidad occidental para la cual el castigo es más importante que el propio crimen. Con el agravante que, en el caso puntual de Browder, el castigo se ejerce sin haberse confirmado nunca el supuesto hecho delictivo. Browder permanece en prisión preventiva durante años por negarse a auto culparse por un hurto. Una vez liberado, la situación traumática vivida lo conduce a quitarse la vida.

habilitan las mismas *tipicidades*. Lo cierto es que en estas ocasiones pareciera que se produce a una reificación irracional del *tipo*, que pasa a defenderse como si fuera un mandamiento divino. La conducta juzgada como *atípica* resulta condenada independientemente de la intervención de otros factores (desigualdades estructurales en el acceso a otros derechos fundamentales: salud, educación, vivienda, alimentación, etc.). El sociólogo Didier Fassin en un estudio reciente sobre el castigo ofrece evidencias muy claras respecto del desconocimiento que los funcionarios judiciales tienen de estas cuestiones contextuales. Esa ceguera inconsciente se aprecia en las diferencias que el poder judicial realiza entre personas de diferentes sectores sociales y que se manifiestan sutilmente en las estrategias adoptadas en el manejo de los expedientes, de las audiencias, etc.¹³

Es posible afirmar que la necesidad de ordenamiento genera la tendencia dominante de las tipicidades. De allí se deriva la inevitable selectividad del poder punitivo a la que se refiere Zaffaroni. Por eso mismo es urgente considerar para el ámbito del derecho un modo diferente de vincularse con la idealidad de los tipos. Eso va de la mano de repensar algunos supuestos ontológicos que muchas veces siguen operando de modo acrítico en la praxis jurídica. En virtud de todo lo anterior, resulta interesante explorar la potencia que ofrece la filosofía de Spinoza para dotar de una dimensión más realista a nuestras instituciones jurídicas. Es decir, una dimensión que evite los

¹³ Es interesante el caso de un joven senegalés, sospechoso de un delito, es detenido por resistirse parcialmente a un control de identidad realizado en un barrio considerado peligroso por la policía. Por pertenecer a sector social desfavorecido, por no saber expresarse adecuadamente, manifiesta cierta insolencia en la audiencia con los jueces y se gana la enemistad de los mismo que lo dejan bajo custodia en prisión preventiva. Seguidamente, el tribunal pasa a analizar el caso de otro joven de un sector social mas acomodado, acusado de violar y violentar a su pareja. El joven se muestra, más solvente, se expresa mejor, lo acompaña un abogado remunerado y toda la actitud del tribunal cambia completamente: *"Notable secuencia en el desarrollo de la cual el joven de origen senegalés acusado de haber respondido mal y resistido a los policías que, una vez más, lo controlaban y lo cacheaban sin motivo, va a prisión, mientras que el estudiante de buena familia, acusado de agresión física y sexual reiterada, reencuentra a sus padres y vuelve a casa."* (Fassin, 2018, p. 178-179).

excesos de una normatividad idealista y reconozca, habilite y proteja múltiples afirmaciones vitales. A la luz de lo visto, la pregunta que interpela es si el sistema de Spinoza permite operaciones de síntesis y qué tipo de función normativa es capaz de habilitar.

IV. El *conatus*: norma inmanente e impulso comunitario

IV.I. Principio normativo inmanente

En virtud de lo anterior, creo que uno de los aportes fundamentales de la ontología de Spinoza para pensar estas cuestiones es su concepción inmanente de la verdad. El ejemplo del martillo esbozado más arriba conduce a pensar que la verdad es criterio de sí misma. Esto supone que no hay una relación temporal lineal entre una causa primigenia y sus efectos, sino que la realidad remite a una potencia infinita que produce infinitas cosas de infinitos modos (Tatián, 2012, p. 51). La idea de *adequatio* ya no se limita a evaluar la correspondencia entre un predicado y su objeto, sino que se orienta a percibir un método pertinente que permita pensar con rigurosidad esta potencia ontológica. Aquí se comprende la razón por la cual Spinoza recurrió a un método geométrico¹⁴. Lo que importa resaltar aquí es que en su filosofía no hay un principio esencial capaz de proveer una operación de cierre sobre la pluralidad o definir de modo absoluto una dirigencia normativa. El método inmanente conduce directamente a un enfoque relacional que, como fue sugerido en el apartado anterior, descrea de la esencialidad de las tipicidades ideales y las analiza en relación una multiplicidad de factores.

Ahora bien, lo anterior no implica que el sistema de Spinoza proponga una realidad estática, sin movimientos y en la que todo está muerto. Muy al contrario, esa potencia ontológica mencionada permite el rastreo de una pluralidad de constantes

¹⁴ Ante la indefinición infinita de lo real la lógica axiomática permite inscribir rigurosamente un sentido allí donde todo sentido imaginario es necesariamente finito y, por ende, mutable.

genéricas que constituyen las diferentes potencias que tienen los modos finitos para actuar entre sí. El concepto de *conatus* es utilizado para representar los efectos de estas potencias. El mismo se define como el esfuerzo de cada cosa en perseverar en su ser. Lo verdaderamente singular de este esfuerzo es que no deriva de nada anterior ni más allá del devenir de las cosas mismas. Por esa razón, y casi como una anticipación a la idea lacaniana del *deseo de deseo*, el *conatus* es mero impulso deseante, es “deseo sin objeto” (Lordon, 2015: 35). Esta dinámica se percibe en el juego que se da entre las proposiciones VI y VII de la parte III de la *Ética*: «Proposición VI. Cada cosa se esfuerza, cuanto está en ella, por preservar en su ser; Proposición VII: El esfuerzo con que cada cosa se esfuerza en preservar en su ser no es nada aparte de la esencia actual de la cosa misma.» (Spinoza, 2014 b: 112).

El deseo así entendido (como movimiento efectivo sin finalidad última ni origen prístino) es la esencia misma de los hombres (*Ética*, III, Definición de los Afectos, I) y, por ende, ninguno de los institutos creados por el hombre puede tener otro origen. (*Ética* III, proposición IX, Escolio). En consecuencia, no hay artificialidad en el derecho, en la política, ni en las instituciones, sino que todas ellas son extensiones del deseo que tanto pueden potenciar afectos positivos como negativos. Así, al avanzar en la lectura es posible definir un criterio que permite efectuar una distinción entre afectos alegres y tristes de acuerdo con el modo en que potencian o reprimen las expresiones singulares del *conatus*:

Por alegría entenderé, pues, en lo que sigue, la pasión por la cual pasa el alma a una mayor perfección. Por tristeza, al contrario, la pasión por la cual pasa el alma a una menor perfección. (...) llamo afecto de la alegría, referido simultáneamente al alma y al cuerpo, placer y regocijo; al de la tristeza, por el contrario, dolor o melancolía. (Spinoza, 2014 b: 115).

Así, con esta tríada constituida por afectos alegres, afectos tristes y deseos, es posible definir un movimiento que tiende

hacia una maximización de los afectos alegres. El impulso por conservar la vida expresa un movimiento, un afecto alegre expresado en el esfuerzo por aumentar el dominio y la intensidad de la potencia propia. En esta dinámica es posible encontrar el rastro de una norma. Lordon habla de una «normatividad inmanente de la potencia» (Lordon, 2018, p.190), como único principio normativo en la cantera spinoziana. Dicho principio jamás supone una síntesis anterior al devenir de los acontecimientos. Y nunca actúa como una finalidad absoluta más allá de las cosas mismas. Se sabe que los modos finitos de la substancia son contingentes y nunca pueden aspirar a la totalidad.

IV.II. De la subjetividad a la transindividualidad

Una vez delineada esta normatividad particular en la filosofía spinoziana es preciso despejar la segunda incógnita, es decir, aquella que se refiere a la definición de los modos singulares. El punto de vista del *conatus* supone que la realidad constituye una fuerza activa sin sujeto. No hay subjetividad deseante preexistente al impulso conativo. No obstante, esta ausencia no significa que sea imposible rastrear modos singulares finitos en los cuales se manifiesta la potencia del *conatus*. Una reflexión de Ethienne Balibar señala que la falta de un principio subjetivo no excluye el pensamiento de una individualidad abierta y relacional. En esta línea, propone una diferencia entre la intersubjetividad, deudora del planteo leibniziano que piensa al sujeto como mónada cerrada, y una *transindividualidad* pensada desde Spinoza. En efecto, el *conatus* se manifiesta a través de individuos ya que sólo las singularidades causales pueden actuar y producir efectos.

La clave está en pensar que el *principio de personalidad* no está dado de antemano, sino que se produce como un efecto de la potencia relacional de la substancia. Esta producción implica una conexión recíproca con otros modos individuales. Pero los mismos no constituyen interioridades cerradas sobre sí mismas, sino procesos abiertos de individuación recíprocos

y simultáneos. En este sentido, Balibar sostiene: «Todo individuo llega a ser (y permanece, durante cierto tiempo) separado y único porque otros individuos llegan a ser (y permanecer) separados y únicos a su manera, en otras palabras, porque los procesos que llevan a separar las singularidades no están separados ellos mismos.» (Balibar, 2009: 18). Este punto es de gran importancia. La singularidad de cada individuo queda definida a través de la dinámica que lo hace distinto de otro, un giro que permite pensar el vínculo comunitario como una red infinita de modos singulares y afectos particulares. Este cambio de perspectiva conduce a valorar la irreductibilidad del individuo en simultaneidad con su necesaria relación con los otros. Así, se rompe con el binomio individuo - comunidad y con el juego que sugiere privilegiar a uno en desmedro del otro. La trama social recibe su impulso del conjunto de deseos singulares, pero sin recurrir a un supuesto esencial sobre el sujeto.

Esto se contrapone a la herencia liberal que nos ha dejado una metafísica del individuo como un “yo” cerrado sobre sí mismo. Ya Adam Smith creía que sólo al seguir ciegamente mi propio interés económico secundariamente seré beneficioso para el conjunto. Ello ha conducido a la ilusión de la libertad y la autosuficiencia del sujeto que sólo dependería de su iniciativa personal para subsistir. El problema es que esta idea ha derivado en un formalismo abstracto de la identidad y ha mostrado serias dificultades para reconocer que el sujeto es efecto de relaciones sociales e históricas. Lordon sostiene que incluso el punto culminante de la *ilustración*, expresado en el famoso «*pensar por sí mismo*» kantiano, supone un sujeto como mónada encerrada en su propia individualidad. Este dispositivo se ha acrecentado con el capitalismo neoliberal que desconoce relaciones políticas y funciona a partir del mito del mérito personal para lograr el éxito (Lordon, 2018, p 331).

El peligro de estos supuestos sobre la naturaleza del “Hombre” es que subyacen a las decisiones jurídicas. Es decir, promueven la creación de códigos y guían la interpretación de los mismos. En consecuencia, muchas veces operan legitimando

principios de exclusión y discriminación bajo la apariencia de la libertad y el reconocimiento. Otras veces, actúan criminalizando y castigando ciertos comportamientos, y habilitando otros más funcionales a las formas de dominación vigentes. En otros términos, producen la famosa administración diferencial de los ilegalismos a la que se refería Michel Foucault.¹⁵ Por ejemplo, ¿por qué hurtar un chocolate de un kiosco está condenado por la ley y constituye un delito, pero la especulación y la acumulación indefinida del capital financiero y su efecto comprobado en la ruina sistemática de las economías mundiales, no está sujeta a ningún tipo de restricción?

Este razonamiento permite apreciar que, la práctica del especulador está apuntalada por ideas sobre la naturaleza del derecho, de la legalidad, de la libertad, del sujeto, del interés individual, y de la economía, que no resultan cuestionadas. El núcleo del problema es que la sedimentación histórica de este tipo de identidades no puede ser apreciada por la naturalización de los dispositivos. Este es otro de los problemas que anidan en los métodos idealistas y trascendentes. Se tornan incapaces de percibir que esa naturalización responde a relaciones de fuerzas cristalizadas que alimentan diversos regímenes de dominación. Hace un tiempo escuchaba un debate en Radio Mitre¹⁶ sobre la propuesta del economista francés Piketty de restringir mediante impuesto público el excesivo margen de ganancias de las grandes fortunas. Los periodistas argumentaban que la iniciativa sería precisamente una afrenta a los derechos de propiedad y a la

¹⁵ En su estudio acerca de la prisión, el filósofo francés afirmaba: «Sería preciso entonces suponer que la prisión, y de una manera general los castigos, no están destinados a suprimir las infracciones sino más bien a distinguirlas, distribuirlas, a utilizarlas; que tienden no tanto a volver dóciles a quienes están dispuestos a transgredir las leyes, sino a organizar la transgresión de las leyes en una táctica general de sometimientos. La penalidad sería entonces una manera de administrar los ilegalismos, de dar cierto campo de libertad a algunos y hacer presión sobre otros, de excluir una parte y hacer útil a otra.» (Foucault, 2008, p. 346).

¹⁶ Radio Mitre es una radio argentina perteneciente a la cadena de medios hegemónicos liderada por el famoso diario *Clarín*, de tendencia conservadora en lo político y marcadamente neoliberal en aspectos económicos como queda de manifiesto.

prodigiosidad de supuestos genios como Bill Gates o Messi. El argumento era que ellos merecen todo lo que obtuvieron exclusivamente a causa de su carisma. La pregunta es, ¿hicieron Gates o Messi sus fortunas adentro de una burbuja y en una total soledad? ¿No resulta más racional y empático pensar que sus ganancias son el resultado de una gran composición y colaboración de flujos, afectos e intereses de otras millones de personas?¹⁷

V. Spinoza y el Derecho

En virtud de lo anterior, es manifiesto que la teoría del *conatus* produce una torsión materialista conducente a pensar de otro modo las exigencias normativas y la vida comunitaria. Tanto las ideas de Justicia como sus identidades correlativas aparecen como efectos de la potencia conativa. En este punto, es preciso aclarar que existe un vínculo entre los principios ideales de sentido (dimensión ontológica: por ejemplo, el principio de *Persona*) y lo real infinito (en sí mismo indiscernible: dimensión óntica). El mismo también tiene un asiento en el deseo. Ya que las creencias que tenemos sobre el mundo (en las que entran las ficciones que orientan nuestra vida institucional) constituyen un efecto de sentido necesario para desarrollar nuestras vidas. En consecuencia, es posible afirmar que las ideas también están

¹⁷ El reciente y polémico trabajo del economista Thomas Piketty titulado *Capital e Ideología* va en esta línea. Con un rigor histórico implacable el francés realiza un examen del origen de la desigualdad en las sociedades actuales como un resultado de la creencia en la defensa excesiva del derecho propiedad privada. La complejidad del asunto es que esa cuestión está profundamente anudada al modo en que cada sociedad justifica sus desigualdades: “La desigualdad no es económica o tecnológica: es ideológica y política. (...) Dicho de otro modo, el mercado y la competencia, los beneficios y los salarios, el capital y la deuda, los trabajadores cualificados y los no cualificados, los nacionales y los extranjeros, los paraísos fiscales y la competitividad no existen como tales. Son construcciones sociales e históricas que dependen completamente del sistema legal, fiscal, educativo y político que decidimos establecer.” (Piketty, 2019, p.18). Por otra parte, en contradicción a la argumentación pobre de esos periodistas, el mismo Bill Gates declaró recientemente que su gran fortuna no tiene otro origen que las injusticias de la economía vigente. Que existen innumerables personas que trabajan igual de duro que él y viven miserablemente. Nota en: <https://www.pagina12.com.ar/240517-bill-gates-a-favor-de-que-los-mas-ricos-paguen-mas-impuestos>.

ligadas a los afectos. Allí radica su poder para convencer sobre algunos aspectos, para generar alegrías o tristezas. En rigor, todo sentido de realidad es ficcional y cada uno de nosotros establece su propio vínculo con lo imaginario. No obstante, es preciso advertir ese juego para evitar su exceso imaginario, es decir, dar paso a la ilusión de que esas suturas ideales se sostienen en sí mismas, que pueden mantenerse fijas o que son válidas para todos por igual. Lo cierto es que el método spinoziano permite advertir los efectos de la ideología como un punto en el cual, por falta de crítica, los individuos reproducen creencias imsginarias sedimentadas.

En virtud de todo lo anterior, creo que las ideas de Spinoza permiten introducir dos operaciones novedosas en la trama de los estudios sobre Filosofía del Derecho. Operaciones capaces de establecer una sana sutura entre posturas aparentemente irreconciliables: por un lado, las teorías de la deconstrucción que han ejercido críticas necesarias, pero a veces paralizantes, ante los excesos del formalismo. Y por otro, aquellas posiciones que realzan de modo acrítico o fetichista la función normativa del derecho y las instituciones. Como analizaré a continuación creo que la reactivación de cantera spinoziana permite rescatar los efectos productivos del dispositivo como minimización de afectos tristes y estimulación de afectos alegres; al mismo tiempo, ofrece la ventaja de promover un uso de las instituciones que sea sensible ante la variedad del deseo, el movimiento de las disidencias y la afirmación de múltiples formas de ser.

V.I. Spinoza corrige a Hobbes: Sostener siempre el derecho natural

La clave para pensar lo anterior se retrotrae al punto en el cual Spinoza se distancia de Hobbes. En una de sus cartas a Jelles ante la pregunta de éste último por la diferencia entre el sistema de Hobbes y el suyo, Spinoza responde:

Me preguntáis cuál es la diferencia entre Hobbes y yo en cuanto a la política. Esta diferencia consiste en

que yo sostengo siempre el Derecho Natural y en que no acuerdo derecho al soberano sobre los sujetos en cualquier ciudad en la medida en que, por la potencia, el soberano prevalece sobre ellos. (Citado en: Lordon, 2018: 203).

No hay dudas de que Hobbes da un paso significativo en la línea del realismo político. Advierte que las ideas de justicia y los valores morales no constituyen realidades esenciales y sólo es posible pensarlos a partir de la institución legal. Así, el inglés reconoce adecuadamente la diferencia entre aquello que pertenece al orden cultural de las creaciones imaginarias en contraposición a las relaciones de fuerzas reales. En estado de *derecho natural*, todo es posible y nada puede ser injusto, ilegal, o inmoral. Este es un punto de convergencia claro con la filosofía de Spinoza. En efecto, En su *Tratado político*, Spinoza afirma: «Del mismo modo que el pecado y la obediencia (en sentido estricto), tampoco la justicia y la injusticia pueden concebirse más que en un estado» (Spinoza, 2014: 41). Sin embargo, a mi criterio Hobbes sigue preso de una operación filosófica que consiste en oponer la razón a la pasión. Esta división se hace manifiesta en el final del famoso capítulo XIII del *Leviatán*. Allí sentencia que la salida del *Estado de Naturaleza* tiene su origen “en parte en las pasiones y en parte en la razón” (Hobbes, 2004: 132). Este supuesto lo conduce a pensar el Estado institucional como un «animal artificial» (Hobbes, 2004: 39) que se impone al régimen pasional de los individuos y las comunidades para implantar el orden. En estado de naturaleza, *el hombre sería un lobo para el hombre*, es decir, que la pasión predominante en el género humano es la agresión y que el deseo de sociedad sólo encuentra fundamento en buscar la paz por temor a la muerte.

Por el contrario, como fue sugerido más arriba, para Spinoza es el impulso del *conatus* el que apuntala a la institución jurídica. Esta norma inmanente no sugiere un sometimiento del deseo a la razón, sino una estimulación de afectos alegres. Es importante tener en cuenta que la razón también esta anudada con el deseo. En efecto, son las pasiones mismas las que

pueden generar «un salto cualitativo a lo que Spinoza llama la vida de la razón» (Tatian, 2012: 112). En consecuencia, hay deseo de comunidad y en este deseo encuentra su origen la sociedad política y el entramado jurídico. Así, Spinoza opone al axioma hobbesiano del lobo, la certeza de que el *hombre es un Dios para el hombre*, que significa que la razón sugiere siempre la felicidad del otro como condición de mi propia felicidad. (Tatián, 2012: 55). En el *Tratado Político* queda de manifiesto que el derecho nunca reprime simplemente las pasiones, sino que las extiende hasta el punto en el cual, el derecho natural como ejercicio de las potencias de los *conatus*, sólo puede disfrutarse en la sociedad política:

Si dos personas se ponen de acuerdo y unen sus fuerzas, tendrán juntas más poder y por consiguiente, un derecho superior sobre la naturaleza que el que tiene cada una de ellas por separado; y cuanto más numerosos sean los hombres que pongan sus fuerzas en común, tanto mayor será el derecho de que dispongan (Spinoza, 2014: 38).

Así, el impulso de cada *conatus* singular motiva la constitución del Derecho Jurídico. Siguiendo esta lógica, es posible rastrear una convergencia de los individuos en las normas:

Como los hombres, según hemos dicho, se dejan guiar más por los afectos que por la razón, resulta que si los hombres quieren realmente concordar y poseer de algún modo un alma común, no lo harán mediante un precepto de la razón sino más bien en virtud de un sentimiento común como la esperanza, el temor, o el deseo de tomar venganza por algún daño sufrido. Como por otra parte todos los hombres temen a la soledad, porque ninguno de ellos tiene en la soledad fuerza para defenderse y procurarse las cosas necesarias a la vida, resulta que los hombres tienen una apetencia natural por el estado civil y en consecuencia, nunca se puede hacer que ese estado quede disuelto del todo. (Spinoza, 2014: 59).

No hay duda de que esta coincidencia será siempre sinuosa, conflictiva, atravesada por la irreductibilidad de cada *conatus*

singular, pero tiende hacia una demarcación más o menos general entre lo aprobado y lo desaprobado. Una polaridad que está a la base de la formalización jurídica entre lo legal y lo ilegal (Lordon, 2018: 232). Por ende, es la potencia y el afecto lo que permite comprender las imposiciones y el juego de sumisiones hacia un poder común. El giro generado por la filosofía spinoziana tiende a pensar que la institución extiende las pasiones y no únicamente aquellas destinadas a evitar la muerte. Así, para Hobbes, el *Estado* actúa poniendo un límite al deseo destructivo inherente a la naturaleza humana. En cambio, Spinoza sugiere que el *derecho natural* tiende a una potenciación de los afectos y, por ende, se maximiza con la constitución del Estado. Desde este punto, la institución no es buena por ser una idea perfecta de convivencia sino por ser un efecto de la naturaleza deseante de la *substancia*. En resumidas cuentas, mientras en la perspectiva hobbesiana el derecho tiene un carácter prohibitivo, en la lógica spinoziana el derecho no se limita a evitar la muerte sino a cultivar la vida. Siguiendo esta línea, una reflexión de Diego Tatián muestra de manera convincente que para Spinoza la democracia constituye el más natural de los regímenes políticos:

El derecho natural es ínfimo en el estado natural, y máximo bajo la condición política –que no requiere la cancelación de la libertad ni neutraliza la potencia natural como sucedía en Hobbes, sino antes bien la extiende, la colectiviza, la incrementa, la enmienda, la desvía de su expresión inmediata para su elevación a una plenitud cuya radicalidad mayor será obtenida en el régimen democrático o popular. (Tatián, citado en Spinoza, 2014: 19).

V.II. Ni crítica paralizante ni fetichismo jurídico

Encarar la tarea judicial desde esta mirada promueve un uso del derecho que habilita y reconoce la pluralidad de los deseos singulares. Es preciso tener en cuenta que el individuo se dibuja relacionamente en ese proceso que lo hace distinto de los demás. Esto permite evitar que una idea esencial de la

Persona humana, cargada ideológicamente, resultado de una sedimentación histórica de creencias y saberes, se convierta en un principio inmutable para juzgar sobre una realidad cambiante que siempre excede la *tipificación ideal*. Inicialmente, todo armado normativo supone un límite para la expansión de cada deseo singular. Desde ese punto, la institución tiene un anclaje en afectos tristes. No obstante, los afectos alegres que produce la asociación logran someter su contraparte negativa dando primacía al deseo político. El problema se presenta cuando esta dinámica pasional contribuye a consolidar un régimen de dominación generalizado. Este es un exceso que se debe evitar. Como bien advierte Lordon en su libro *Capitalismo, deseo y servidumbre* (2015) el actual totalitarismo financiero se aprovecha de esta servidumbre pasional canalizando la fuerza de los deseos singulares en el beneficio para unos pocos.

Por esta razón, es preciso estudiar usos del dispositivo que permitan señalar los vínculos efectivos entre las pasiones, las relaciones de fuerzas, y los sistemas de dominación. Claramente, las ideas trabajadas permiten advertir el peligro que supone afirmar identidades e instituciones ideales sin reconocer relaciones de fuerzas efectivas. El sistema financiero actúa bajo el supuesto de la legalidad de todas sus operaciones aunque cause efectos atroces en las sociedades humanas; La dinámica de poder neoliberal encierra al individuo a través de una captura de sus deseos más genuinos. Pero posee un componente ideológico que convence a la mayoría de estar en la línea de la realización personal. En este sentido, el método spinoziano puede pensarse en sintonía con todas aquellas posturas que han denunciado el fetichismo de los dispositivos como factores de reproducción de los sistemas de dominación. Podrían citarse aquí los trabajos ya clásicos de Foucault, Deleuze, Agamben, y Espósito entre muchos otros.

Ahora bien, todo lo anterior permite introducir otra operación novedosa. En efecto, un método que reconoce la inmanencia realza, al mismo tiempo, la imposibilidad de operar por fuera del dispositivo. Un rechazo absoluto a la acción del

mismo conduce a una perspectiva idealista del ímpetu revolucionario. Cabe preguntarse si allí no continuaría operando la lógica hobbesiana de pensar que la institución es un artificio trascendente que se impone sobre sujetos pasivos, anteriores, y preexistentes a la dinámica institucional. Esa vía de reflexión, si bien hace uso de la potencia de la crítica, genera un efecto de parálisis ante la pregunta por el sentido que deberíamos darle a una mutación global de nuestras formas de vida. En consecuencia, para generar transformaciones reales en las relaciones de fuerzas, parece más viable inmiscuirse entre las propias tramas del poder instituido –que ejerce coerción pero al mismo tiempo nos constituye y se anuda a nuestro deseo– para desplazar desde allí algunas cuestiones. Por esa razón, Althusser veía como un gesto supremo de materialismo la reflexión de Spinoza que no rechazó en su totalidad la idea de Dios. Sino que utilizó estratégicamente el peso de esa noción para desplazar algunos de los efectos negativos generados por el dogmatismo que produce la creencia en una deidad personal.¹⁸

En una línea similar, Zaffaroni rescata la militancia del jesuita y poeta Firedrich Spee en contra de los juicios emanados de la criminología hegemónica de su tiempo basada en el *Malleus Maleficarum*. Si bien Spee no salió a decir literalmente que las brujas no existían, sí afirmaba que él jamás había visto una. Cabe aclarar que era sacerdote confesor de las víctimas condenadas a muerte. Así, en un clima totalmente adverso y en una época poco propicia para enfrentar al poder político, Spee

¹⁸ Althusser señala: « Lo que me fascinaba también en Spinoza era su estrategia filosófica. Jacques Derrida ha hablado mucho de estrategia en filosofía y tiene razón, puesto que toda filosofía es un dispositivo de combate teórico que dispone las tesis como si fueran plazas fuertes o voladizos para poder, en sus alusiones y ataques estratégicos, cercar las plazas teóricas fortificadas y ocupadas por el adversario. ¡Pero Spinoza empezaba por Dios! Empezaba por Dios, y en el fondo (lo creo, como toda la tradición de sus peores enemigos) era ateo (como Da Costa y tantos otros Judíos portugueses de su tiempo). Suprema estrategia; empezaba por cercar la suprema plaza fuerte de su adversario, o aún mejor, se instalaba en ella como si él mismo fuera su propio adversario y así no sospechoso de ser un adversario declarado, y redistribuía esa fortaleza teórica, dándole completamente la vuelta, del mismo modo que se da la vuelta a los cañones dirigiéndolos contra el ocupante.» (Althusser, 1985: 138).

actuó de modo muy estratégico. Se esforzó en probar que las personas juzgadas eran inocentes y que el método de tortura, los jueces tendenciosos, la ausencia de abogados, la crueldad y corrupción de los verdugos, convertían a cualquier vecino en culpable de los crímenes más demoníacos.¹⁹ De este modo, su trabajo *Cautio Criminalis* es visto como una obra pionera de la *criminología crítica* además de considerarse una contribución efectiva en la desaparición de los juicios por torturas.

Así, el axioma spinoziano que piensa el derecho como una extensión de las pasiones permite realizar algunas distinciones importantes: Por un lado, rechazar el fetichismo de las instituciones y mostrarlas en la crudeza de sus relaciones reales. En ese movimiento se hace posible reconocer el punto en el cual el dispositivo puede cristalizarse en torno ideas imaginarias o síntesis ideales que impiden el efectivo reconocimiento de los derechos reales. Por otra parte, al reflexionar sobre el entramado entre el derecho y las pasiones, no genera un rechazo de los dispositivos sino que invita a pensar nuevos usos para las prácticas jurídicas. En suma, habilita una producción inmanente de Justicia que «no admite ‘sacralización’ ni fetichización» (Tatián, 2019: 136), sino que resulta sensible a la potencia de la multitud sin descuidar el movimiento de los deseos singulares.

V.III. Hacia una filosofía inmanente del Derecho

Creo que estas operaciones pueden tener consecuencias importantes para pensar el derecho. La torsión materialista que he señalado en el presente escrito conduce a pensar las instituciones como efectos de la potencia del *conatus*. En consecuencia, la síntesis que fundamenta la acción jurídica no es

¹⁹ En relación a este punto, Zaffaroni señala: «Desde 1631 nos llega por la pluma de Friedrich Spee esta fórmula. El jesuita poeta adoptaba esta táctica: no entraba en la discusión acerca de la existencia y poder de las brujas, sino que se limitaba a la verificación de que las quemadas no eran brujas, sino mujeres inocentes. Por eso aconsejaba prudencia, *cautio criminalis*, manejar el aparato con cautela. De haber optado por el otro camino, se hubiese perdido en especulaciones pseudoteológicas con los teóricos que reforzaban la causalidad mágica de la criminología mediática de su tiempo» (Zaffaroni, 2018, p. 492).

trascendente con respecto al desarrollo de los acontecimientos. Por el contrario, se presenta como un efecto de las potencias singulares que deriva en la conformación de un criterio general (aunque no *necesario* ni *transhistórico*) para realizar la distinción legal. Pero la operación innovadora derivada del planteo spinoziano es que la ley no actuaría como una ficción que busca imprimirse en los hechos y que, presa en su idealismo, condena a una realidad que no se ajusta a ese ideal; sino que toma como punto de partida el movimiento efectivo de lo real y por ende la singularidad de cada sujeto -ya sea individual o colectivo-, de sus deseos, de sus vínculos afectivos, de su historia de vida. Así, queda establecido un uso del dispositivo jurídico capaz de habilitar pliegues en las estructuras normalizadas de la sociedad, pliegues caracterizados como afirmaciones vitales y singulares que reivindican, por sobre todas las cosas, el *derecho a tener derechos*.²⁰

Este uso del derecho estimula una convergencia saludable entre la potencia de la multitud y el reconocimiento de la potencia de actuar de cada individuo. No hace falta rechazar el dispositivo jurídico en su totalidad cayendo en un exceso anárquico e idealista. Eso esquivaría la espinosa cuestión del sentido que deberíamos otorgarle a la organización social, y la pregunta sumamente paradójica de quién o quiénes tendrían el poder para alumbrar el acceso al futuro. Más prudente resulta trabajar para mostrar los excesos de las prácticas y señalar desde allí algunas vías de transformación posible. La norma inmanente

²⁰ En esta línea, me parece interesante una reflexión de Roque Farrán que recupera este gesto arendtiano poniendo el énfasis en la potencia ontológico-política del derecho y re-alzando la apertura constitutiva de su contenido: «Del mismo modo que la inmanencia es 'inmanencia de inmanencia' y no inmanencia de 'algo' o de 'alguien' (Deleuze), y el deseo es 'deseo de deseo' (Lacan), el derecho a tener derechos desindividualiza el sentido posesivo de la ley al tiempo que lo destotaliza, en el sentido de que no hay un metalenguaje que codifique burocráticamente todos los derechos particulares (no hay conjunto de todos los derechos). Se abre así el lugar irreductible de una singularidad genérica. Pues la ley, reconducida a las figuras imaginarias de la individualización-totalización, resulta omnipotente y desastrosa. Solo abierta a la indeterminación de lo real (...) es posible darle un sentido genérico que continúa indagando en su apertura constitutiva» (Farrán, 2016: 95).

que se deriva del planteo spinoziano funciona como una especie de *hilo de Ariadna* para orientar esta tarea sinuosa y cargada de perplejidad. Existen ejemplos de legislación reciente que podrían apreciarse como usos del derecho que merecen potenciarse.

La legalización del matrimonio igualitario en Argentina, que se produjo en el año 2010; la lucha por ampliar el reconocimiento de diversas identidades de género, que adquirió carácter de ley en el año 2012; la importancia que han adquirido los debates actuales por la legalización del aborto, encabezados por grupos de mujeres que esgrimen críticas profundas a la ideología del patriarcado. Y creo que también podría citarse el caso de la nueva Ley de Salud Mental en Argentina, la ley 26.657 sancionada en el año 2010, que ha sido menos conocida que las anteriores pero que esgrimió un claro contrapunto contra el modelo positivista y biológico imperante anteriormente. La misma se propuso introducir una modificación en el sistema jurídico que sea capaz de valorar la condición humana integral de la persona con determinados padecimientos. En este sentido, se procedió al reemplazo de la carátula «Insania y Curatela» que rotulaba de modo definitivo a un individuo como “insano”, “incapaz”, circunscribiendo la intervención de la justicia únicamente a establecer la «Determinación de su Capacidad Jurídica».²¹

²¹ En el mencionado trabajo sobre Foucault y el Derecho el autor Juan Ortiz estudia con más detalle los puntos innovadores de la Ley de Salud Mental (26657) con respecto al paradigma legal anterior: “Esto supone un dictamen abierto que sólo tiene validez por tres años (art. 42), un plazo a partir del cual puede hacerse una reconsideración. El espíritu de la ley propone considerar múltiples estrategias para facilitar la vida de la persona con padecimientos a través de una valoración de sus vínculos afectivos, sociales, familiares y considerando la internación solamente en casos extremos y por un período que sea lo más breve posible (art.15). Es destacable también que la ley reemplazó la famosa pericia psiquiátrica -objeto de la crítica foucaultea-, destinada a detectar la peligrosidad futura de un individuo, por una evaluación interdisciplinaria en la que intervienen tres profesionales de diversas ramas del conocimiento: Un perito psiquiatra, un perito psicólogo, un perito asistente social. En ella a su vez participan un juez de familia, un asesor jurídico del Estado, un familiar o persona responsable. Esto supone un reconocimiento de la sobredeterminación compleja que subyace a la emisión de un dictamen sobre la salud mental, es decir, procede a una valoración de la multiplicidad de factores que pueden incidir en los padecimientos de la vida de una persona.

Éstos son sólo algunos ejemplos de un modo de pensar el derecho orientado a potenciar afectos alegres y a disminuir afectos tristes basados en supuestos ideales (la esencialidad del género o de la distinción sano e insano) como la discriminación y la exclusión del campo de lo normalizado. Se aprecia allí un uso de la potencia colectiva de la institución jurídica para habilitar el reconocimiento y la defensa de modos de existencia singulares en vistas de que cada persona pueda contribuir, desde su lugar irreductible, a enriquecer la vida del conjunto.

No obstante, tal como he mencionado en algunos puntos de este trabajo, gran parte de la institución del derecho sigue enfocada en la estimulación de afectos tristes. Zaffaroni y Dias dos Santos advierten las paradojas que entrañan para el derecho el *totalitarismo financiero* imperante cuyo funcionamiento supone una violación sistemática de todos los *tipos penales*. Es decir, su desarrollo tiende a borrar los límites entre la ilegalidad y las prácticas económicas hasta el punto de configurar una especie de macrocriminalidad financiera. Basta con agarrar cualquier código penal para advertir que los comportamientos de la economía financiera podrían encuadrarse dentro de los tipos penales más conocidos de acuerdo a bienes jurídicos que resultan macrolesionados: la vida y el futuro de las personas, de las comunidades, del ambiente. Así, los tipos de la *extorsión*, *coacción*, *usura*, *estafa*, *administración fraudulenta*, *cobeco*, *reducción a servidumbre*, *encubrimiento por receptación*, podrían imputarse a las agencias y los gobiernos que utilizan los medios que ofrece una economía de la ganancia financiera en conjunción al endeudamiento externo. La extorsión, la coacción, la colonización de la vida actual y futura se perciben en la instigación de los *Organismos de Crédito* que conducen directa o indirectamente a países emergentes a condiciones usurarias de negociación. Las mismas derivan en el ajuste operado en

Éstos no se limitan a cuestiones de orden biológico o legal, sino también a aspectos sociales, históricos, culturales, psicológicos, afectivos, tal como lo menciona al art. 3° de ese cuerpo legal." (Ortiz, 2019, p. 241).

sectores públicos con el riesgo que eso supone para los derechos humanos. Por todo esto, ni siquiera es necesario salirse de las propias tramas del derecho positivo para percibir que algo falla:

Cuando un Estado contrae deuda por porcentajes peligrosos en relación con su PBI, los intereses se vuelven leoninos. Si el administrador de los bienes de un incapaz contratase créditos leoninos, además de anularse los contratos por usurarios, sería condenado por administración fraudulenta, conforme al tipo penal *Untreue o Infidelidad* de los alemanes, pero nada de eso suele suceder cuando se administra un Estado y los bienes de millones de habitantes, incluso cuando se contratan excediendo poderes constitucionales (incluso por dictaduras o regímenes de facto) en connivencia con autócratas corporativos, lo que, además, hace sospechar macrohechos. (Zaffaroni; Dos Santos, 2019: 101-102).

A la luz de los hechos, parece ser que tenía razón Foucault cuando aseguraba que incluso para las prohibiciones hemos sido totalmente aburridos, sumisos y poco inventivos.²² Se siguen dictando sentencias arbitrarias y desproporcionadas para delitos menores. Un ejemplo claro lo constituye el uso indiscriminado de la prisión para el tratamiento de los mismos. Se sabe que la prisión reproduce la delincuencia, destruye la existencia personal del condenado y por ende afecta negativamente a la vida del conjunto. Aún así, hay sentencias que condenan a un año y medio de prisión una tentativa de hurto.²³

²² “Lo que me está prohibido ha sido siempre la misma cosa. Y somos sociedades que han inventado muy poco en el orden de la prohibición, inventando tan poco, tanto en la dimensión de la prohibición como en la del deseo. En la dimensión de la prohibición de los placeres también se ha inventado muy poca cosa. Lo prohibido es siempre lo mismo.” (Foucault, 2018: 201).

²³ Así ha decidido por ejemplo la Cámara Nacional de Casación en un fallo de Febrero de 2019: “...I. Que en lo que aquí puntualmente interesa, el 26 de junio de 2017, el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 5 de esta ciudad, dictó sentencia y resolvió: “I. CONDENAR a E., [...] como autor del delito de hurto en grado de tentativa, a la pena de 3 meses de prisión y costas (artículos 29 inciso 3º, 42 y 162 del C.P y 530 y 531 del C.P.P.N); II. Condenar a E., en definitiva, a la PENA ÚNICA de 1 año y 3 meses de prisión, debiendo regirse las costas por sus respectivos pronunciamientos...” (...) “En virtud del acuerdo que antecede, la Sala

Como contrapartida, el sistema judicial es incapaz de cuestionar la legalidad ni mucho menos accionar en contra de las bases de un conjunto de prácticas financieras que producen sistemáticamente pobreza, desigualdad, violencia y exclusión.

VI. Comentarios finales

Lo anterior demuestra que la tarea no es sencilla. Existe una fuerte sedimentación de saberes, prácticas, relaciones de poder que actúan generando coágulos en el desarrollo de las relaciones sociales. El asunto es que resulta sumamente complejo poder desanudar este tipo de coágulos ya que atañen a las convicciones, creencias e intereses particulares de magistrados, funcionarios, empresarios de medios de comunicación y de la población en general. En estos casos, la irreductibilidad de los modos singulares resulta contraproducente. Ya que muchas veces (la mayoría, lamentablemente) esas creencias con sus prácticas correlativas se despliegan sin mediar una reflexión profunda. Se aprecia así, que la materialidad en juego en todo lo que se ha trabajado se produce en el vínculo complejo que se establece entre una forma de saber normalizado, un conjunto de relaciones políticas y las identidades a las que adscriben los propios sujetos. Por esta razón, es tan difícil habilitar los juicios discrecionales en la praxis del derecho. Es decir, privilegiar los criterios en cada caso singular y no limitar el juego a la aplicación mecánica del código puro y duro. Muchas veces, los jueces se abstienen de sentenciar con criterios distintos a la racionalidad hegemónica por el temor al costo político que pueda ocasionar. Los mismos, impulsados por una criminología ingenua y una

II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, por unanimidad, RESUELVE: RECHAZAR en su totalidad el recurso de casación interpuesto por la defensa de Ever Flavio Santamaría Pulido y, en consecuencia, CONFIRMAR la sentencia aquí impugnada en todo cuanto fue materia de agravio; con costas, atento el resultado de la presente (arts. 456, incs. 1° y 2°, 463, 465, 468, 469, 470 y 471 a contrario sensu, 530 y 531, CPPN). Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N. y LEX 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.” (<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/04/fallos47585.pdf>)

escasa ética profesional, recomiendan penas más duras y escasa tolerancia hacia acciones delictivas menores, condicionando de este modo a tomar acciones que muchas veces vulneran los criterios más racionales del debido proceso. Cabe aclarar que estos juicios mediáticos pivotean sobre supuestos ideológicos sedimentados en la opinión pública. En consecuencia, es urgente que el derecho, tanto en el plano de su fundamentación teórica como en sus trayectos formativos y en la aplicación cotidiana de la norma, reconozca y trabaje sobre esos vínculos que he rastreado entre lo imaginario, lo político y lo afectivo.

Allí se pone en juego la materialidad misma de los dispositivos. Y creo que la filosofía de Spinoza permite reflexionar sobre la dimensión genérica de los mismos. Para decirlo de manera concreta, es deseable que las prácticas jurídicas sean capaces de reconocer la diversidad de esos anudamientos sin aferrarse a una sutura ideal e imponiéndola como contenido universal y necesario. También es deseable, y esto es lo más importante, que el derecho ejerza su acción evitando esos coágulos que inmovilizan el juego de relaciones entre esos términos. Esto permitirá el reconocimiento de aquellas luchas singulares que buscan tanto la ampliación de los derechos, como la invención y la afirmación de diversas formas de vivir. En este punto, no hay que dejarse engañar por la propaganda de la ideología neoliberal que promueve una libertad y una diversidad sólo superficial pero que no está dispuesta a cuestionar las identidades naturalizadas que le dan sustento.

Así, lejos de generar un rechazo absoluto de las instituciones, estas reflexiones son capaces de darle al derecho su lugar preciso en el desarrollo las relaciones sociales. La función normalizadora no es necesariamente una sutura dominante. Por el contrario, está basada en el movimiento de afectos alegres, razón por la cual, no es negativa cuando se realiza a través del reconocimiento de la compleja dinámica de los deseos singulares y colectivos y ejerce una acción orientada a habilitar, reconocer y articular del mejor modo posible, esos pliegues irreductibles que constituyen los fenómenos de disidencia. En este sentido

creo que el argumento que he expuesto en el presente trabajo puede contribuir a promover un ejercicio del derecho que no se piensa desde un lugar más fundamental (ya sea ideal o trascendente) o desde la defensa de algún principio de superioridad biológica, étnica, racial, nacional, racional, o económica. Por el contrario, se define en una relación de inmanencia respecto a los procesos sociales y sin una postulación idealista en relación a su contenido.

Bibliografía

- Althusser, Louis (1985) “La única tradición materialista” en *Youkali. Revista de las artes y al pensamiento*. En línea en: www.youkali.net
- Balibar, Etienne (2009) “De la individualidad a la transindividualidad” Grupo Editor Encuentro. Córdoba
- Abensour, Miguel (1998) *La democracia contra el estado*. Editorial Colihue. Buenos Aires.
- Deleuze, Gilles (2013) *En medio de Spinoza*. Editorial Cactus. Buenos Aires.
- Farrán, Roque (2016) *Nodal. Método, Estado, Sujeto*. Editorial La Cebra. Buenos Aires.
- Foucault, Michel (2008) *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Editorial Gedisa. Buenos Aires
- (2009) *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Editorial Siglo XXI. Buenos Aires
- (2018) *¿Qué es la Crítica?* Editorial Siglo XXI. Buenos Aires
- Hobbes, Thomas (2003). *Leviatán*. Editorial Losada. Buenos Aires
- Lefort, Claude (1988) *Las formas de la historia. Ensayos de antropología política*. Editorial Fondo de Cultura Económica. CDMX
- Lordon, Frédéric (2015) *Capitalismo, deseo y servidumbre, Marx y Spinoza*. Editorial Tinta Limón. Buenos Aires.
- (2018) *La sociedad de los afectos. Por un estructuralismo de las pasiones*. Adriana Hidalgo editora. Buenos Aires.
- Macherey, Pierre (2013) *Hegel y Spinoza*. Editorial Tinta Limón. Buenos Aires.

- Maquiavelo, Nicolás (2004) *El príncipe*. Editorial Losada. Buenos Aires.
- Ortiz, Juan (2019) “Michel Foucault y los aportes de una historia política de la verdad a la Teoría del Derecho” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*. N° 05, Año 9. Editorial La Ley – Thomson Reuters. Buenos Aires
- Ost, François. (2017) “¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres” en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 40. Universidad de Alicante. España. En línea en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2017.40.01>
- Piketty, Thomas (2019) *Capital e Ideología*. Editorial Paidós. Buenos Aires.
- Spinoza, Baruch (2014a). *Tratado Político*. Editorial Quadrata. Buenos Aires.
- (2014b). *Ética demostrada según el orden geométrico*. Editorial Gredos, Barcelona.
- (1988) *Tratado de la reforma del entendimiento. Principios de filosofía de Descartes. Pensamientos metafísicos*. Editorial Alianza. Madrid.
- Tatián, Diego (2012) *Spinoza. Una introducción*. Editorial Tinta Limón. Buenos Aires.
- (2019) *Spinoza Disidente*. . Editorial Quadrata. Buenos Aires.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2018) *La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología cautelar*. Editorial El Siglo. Quito
- Zaffaroni, Eugenio Raúl.; Dias dos Santos, Ilison (2019) *La nueva criminología crítica. criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Editorial El Siglo. Quito
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro. Slokar, Alejandro. (2007) *Manual de Derecho Penal*. Editorial Ediar. Buenos Aires.

Los derechos humanos como herramienta de disputa de comunidades indígenas y organizaciones campesinas frente al Estado paraguayo

Human rights as a tool for the dispute of indigenous communities and peasant organizations against the Paraguayan State

Os direitos humanos como ferramenta de disputa das comunidades indígenas e organizações camponesas contra o Estado paraguaio.

Les droits de l'homme en tant qu'outil pour le différend des communautés indigènes et des organisations paysannes contre l'État paraguayen

人权是解决土著社区和农民组织对巴拉圭国家的争端的工具

Valerio Olguin¹

Universidad Autónoma San Luis Potosí - México

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 166-190

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e418>

Recibido: 03/05/2020

Aprobado: 07/07/2020

Resumen: En general, este artículo describe un estudio que analizó la viabilidad del uso del derecho y los derechos humanos como herramienta de resistencia y transformación social de comunidades indígenas y

¹ Lic. En Trabajo Social por la Universidad Nacional de Asunción. Estudiante de la Maestría en Derechos humanos en la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Dirección: México, San Luis Potosí, Capital. Av. Del Lago Ex.: 355 In.: 2302. Entre Av. Del Parque y BLV. Del Río Santiago. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2889-554X>).

organizaciones campesinas de Paraguay a través de un estudio de casos. Es un estudio con perspectiva cualitativa, que, mediante el análisis de los repertorios jurídicos utilizados por los movimientos sociales, campesinos e indígenas, también examinó los factores que inciden para que estas hagan uso del uso del derecho y los derechos humanos como herramienta de resistencia, lo que finalmente permitió identificar los principales obstáculos y límites para garantizar los derechos humanos de estas comunidades y organizaciones del país. Entre los principales resultados se señalan la posibilidad del cambio normativo y la reparación social asumidos como posibles oportunidades políticas que podrían impulsar y expandir los derechos de la población indígena-campesina en el país, siempre y cuando exista un ambiente político e institucional que lo favorezca, y, además se cuente con las estructuras de soportes suficientemente capaces de sostener este tipo de procesos.

Palabras clave: Movilización Socio-legal, movimientos sociales, Estructura de Oportunidades políticas y derechos humanos.

Abstract: This is an investigation that analyzes the viability of the use of law and human rights as a tool for resistance and social transformation of indigenous communities and peasant organizations in Paraguay through a case study. This, analyzes the use of legal and non-legal repertoires used in each of the cases that involve social mobilization. The study was carried out in the city of Asunción, Paraguay, started in August 2018 and ended in December 2019. The research areas include: legal sociology, social movements, collective action within the studies of the law, the MSL and human rights. It is a study with a qualitative perspective, where in addition to the viability of the use of law and human rights, the factors that influence the use of law and the defense of human rights of these subjects are examined to finally identify the main obstacles and limits to guarantee the human rights of these communities and organizations. Among the main results are the possibility of regulatory change and social reparation assumed as political opportunities that could promote and expand the rights of the indigenous-peasant population in the country, as long as there is a political and institutional environment that favors it, and In addition, the support structures are sufficiently capable of supporting this type of process.

Keywords: Socio-legal mobilization, social movements, Structure of political opportunities and human rights.

Resumo: Em geral, este artigo descreve um estudo que analisou a viabilidade do uso do direito e dos direitos humanos como instrumento de resistência e transformação social de comunidades indígenas e organizações camponesas no Paraguai através de um estudo de casos. É um estudo com perspectiva qualitativa, que, através da análise dos repertórios jurídicos utilizados pelos movimentos sociais, camponeses e indígenas, também examinou os fatores que influenciam para que estas fazem uso do direito e dos direitos humanos como instrumento de resistência, o que finalmente permitiu identificar os principais obstáculos e limites para garantir os direitos humanos dessas comunidades e organizações no país. Entre os principais resultados são apontados a possibilidade de mudança normativa e reparação social assumidos como possíveis oportunidades políticas que poderiam promover e ampliar os direitos da população indígena e camponesa no país, sempre que exista um ambiente político e institucional favorável, e, além disso, que as estruturas de apoio sejam suficientemente capazes de sustentar esse tipo de processo.

Palavras-chave: Mobilização sócio-legal, movimentos sociais, estrutura de oportunidades políticas e direitos humanos.

Résumé: cet article décrit une étude qui a analysé la viabilité de l'utilisation du droit et des droits de l'homme en tant qu'outil de résistance et de transformation sociale des communautés autochtones et des organisations paysannes au Paraguay à travers une étude de cas. Il s'agit d'une étude à perspective qualitative qui, en analysant les répertoires juridiques utilisés par les mouvements sociaux, paysans et indigènes, a également examiné les facteurs qui les incitent à utiliser le droit et les droits de l'homme comme outil de résistance, qui a finalement permis d'identifier les principaux obstacles et limites pour garantir les droits humains de ces communautés et organisations dans le pays. Parmi les principaux résultats figurent la possibilité de changement normatif et de réparation sociale, considérés comme des opportunités politiques possibles qui pourraient promouvoir et étendre les droits de la population indigène-paysanne dans le pays, à condition qu'il y ait un environnement politique et institutionnel favorable, et, en outre, il existe des structures de support capables de supporter ce type de processus.

Mot-clés: Mobilisation socio-juridique, mouvements sociaux, structure d'opportunités politiques et droits de l'homme.

摘要: 总的来说, 本文描述了一项研究, 通过案例研究, 分析了使用法律和人权作为巴拉圭土著社区和农民组织抵抗和社会转型的工具的可行性. 这是一项定性的研究, 通过分析社会, 农民和土著运动所使用的法律手段, 还研究了影响他们利用法律和人权作为抵抗工具的因素, 最终使查明保障该国这些社区和组织人权的主要障碍和局限成为可能. 在主要结果中, 有可能进行规范性改变和社会赔偿, 只要存在有利的政治和体制环境, 就可以认为这是可能促进和扩大该国土著农民权利的政治机会, 另外, 还有能够维持这种过程的支撑结构

关键字: 社会法律动员, 社会运动, 政治机会结构和人权

Introducción

Con respecto al escenario local-regional en que se desarrolla el estudio, este abarca dos cuestiones centrales, por un lado: a) la “flexibilidad estatal”, consecuencia de políticas neoliberales y la implementación de proyectos neoextractivos producto del Consenso de Commodities, y por otro, la movilización social, Svampa (2012). En este contexto ubicamos el caso paraguayo, en vista que en los últimos 20 años el país experimentó un incremento de movilizaciones sociales, de los sectores involucrados a este estudio.

En general, podría decirse que, entre los principales factores de movilización social de sectores indígenas y campesinos de la sociedad paraguaya, el problema se relaciona con cuestiones como: la concentración de la tierra, la apropiación y destrucción de la biodiversidad, y la expulsión de comunidades de sus territorios ancestrales. Si bien es cierto que los conflictos territoriales del país tienen su origen en los procesos históricos y políticos, como la entrega de tierras durante la dictadura, esto no excluye la idea de que a partir del establecimiento de empresas agroextractivas como las transnacionales del agronegocio sobre los territorios campesinos e indígenas además de privatizar y desplazar a comunidades enteras, éstas han propiciado el aumento de movilizaciones sociales, Valiente (2019) a consecuencia de un modelo económico-productivo que los ha

privado de su principal medio de subsistencia, la tierra, Svampa (2012).

La muestra está compuesta por dos Comunidades indígenas que han sido expulsadas de sus territorios ancestrales, luego de que sus tierras hayan sido vendidas por el Estado paraguayo, Comunidad Yakey Axa (Caso uno, 2005) y la Comunidad Sawhoyamaxa (caso dos, 2007), mientras que el tercer caso (2007-2018) lo compone la Coordinadora de Organizaciones Sociales de Tava'i que dirigió una manifestación social para impedir el cierre y demolición del único hospital de la zona para la construcción de un complejo ganadero, el resultado fue la condena a dos años de prisión de uno de los dirigentes campesinos.

Sobre las limitaciones del estudio, se subraya la dificultad que existió para acceder a los abogados o representantes legales de los casos, y, el acceso a las comunidades pues se encuentran ubicadas lejos de la capital. Para los criterios de inclusión se tuvieron en cuenta a comunidades indígenas y organizaciones campesinas que hayan hecho uso de las acciones o estrategias jurídicas para la defensa de los derechos humanos a nivel nacional e internacional

En general, el tema estudiado nace del interés del autor en dar respuesta a si el uso de estrategias jurídicas de protección a los Derechos Humanos funge como herramienta viable para el accionar de las organizaciones campesinas e indígenas de Paraguay como parte del proceso de movilización social. Y para esto, el estudio se divide en tres capítulos que intenta explicar el contexto regional-local en que se desarrollan los tres casos seleccionados para el estudio.

En el capítulo primero, se realiza un abordaje sobre los antecedentes investigativos, presentando algunos ángulos de estudios y modalidades de MSL, el objetivo de este capítulo es exponer la diversidad de criterios y los enfoques utilizados para estudios relacionados a la MSL, Peláez (2015; 2018). Todo esto, teniendo en cuenta que, en las últimas décadas, la MSL por los derechos a través del litigio, y la judicialización de casos ha sido

empleada como parte de las estrategias de actores colectivos a nivel local, nacional e internacional, Hincapié (2018).

En esta misma línea, el capítulo segundo presenta las categorías teóricas, las dimensiones y las ideas centrales que explican la diferencia entre organizaciones y movimientos sociales a partir de lo que Velázquez (2005) entiende como la tercera ola de democratización en América Latina resaltando las similitudes y diferencias entre uno y otros, muy de cerca a esta categoría se encuentran las Estructuras de Oportunidad Política (EOP), donde se describen las oportunidades o restricciones que pueda brindar un determinado sistema político, Peláez (2018). Siguiendo en el capítulo segundo, en un tercer momento se profundiza sobre la necesidad de agregar la categoría de desventajas políticas, que busca examinar cuestiones que inhiben las acciones colectivas, Velázquez (2005). Para pasar, a describir los elementos analíticos de la movilización social como los procesos enmarcadores, estos se tratan de los significados compartidos que impulsan a las personas a la acción colectiva de esfuerzos estratégicos conscientes realizados por grupos de personas en orden de forjar formas compartidas de considerar el mundo, Peláez (2018).

En este orden ideas se encuentran las Estructuras de Movilización, donde se abordan la parte organizativa de cualquier proceso de movilización social. Y, para finalizar el capítulo se definen los repertorios, estos hacen referencia al conjunto de medios del que dispone un grupo para plantear sus reclamos y así lograr que estos sean atendidos y resueltos Peláez (2018). Son, por lo tanto, las formas a través de las cuales actúa un movimiento social. Cada época tiene repertorios que le son característicos y que responden a las experiencias acumuladas, a particularidades del contexto y a los patrones culturales del grupo que los utiliza.

Continuando, con la presentación del estudio, en el capítulo tercero se expone de forma detallada el análisis de los casos, donde se someten a la unidad de análisis presentada como parte del aparatado metodológico Peláez (2018), y, finalmente

se presentan las conclusiones del estudio, entre los que se encuentran: la posibilidad del cambio normativo (caso dos) y la reparación social asumidos (caso tres) como posibles oportunidades políticas que lograrían impulsar y expandir el alcance de los derechos, siempre y cuando exista un ambiente político e institucional que lo favorezca, y, además se cuente con las estructuras de soportes suficientemente capaces de sostener este tipo de procesos.

I. Modalidades de la Movilización Socio-legal

De acuerdo con la línea de Peláez, existen dos modalidades de MSL, la primera, corresponde a la demanda, asociada o traducida en una demanda por el reconocimiento de derechos no regulados o reconocidos, por una exigencia de cumplimiento cabal de derechos existentes, o porque desaparezca una situación de violación flagrante a los mismos (MSL-Estricta) Peláez (2015). La segunda, es aquella donde la demanda fundamental no esté necesariamente puesta en clave de derechos, pero donde la lucha por los derechos o las estrategias jurídicas constituyen un aspecto importante del proceso de movilización social (MSL-Uso Estratégico). Dentro de esta modalidad pudiera ocurrir que, en algunas etapas de la movilización, el derecho esté ausente, mientras que en otros casos este es un elemento medular para la acción.

Sin embargo, la investigadora Mariana Manzo (2018), plantea que la MSL parte de tres principales estrategias de acción e interpretación; a) la estrategia jurídica-política de resistencia, ante violaciones a derechos es un recurso de batalla en la arena jurídica, se utilizan acciones procesales, individuales o colectivas; b) estrategia jurídica-política de reconocimiento de derechos, se utilizan fuentes del ordenamiento jurídico para reivindicar aquellos derechos o valores que se encuentran desvalorizados, invisibilizados o marginados en las interpretaciones que realizan las autoridades jurídicas, buscando activar su reconocimiento; c) estrategia jurídica-política de ampliación de

derechos, esta pretende ser transgresiva y disruptiva de los valores dominantes, ya que desafía el espacio de posibilidad y pone en tensión lo jurídicamente pensable y no pensable, dentro y fuera del campo jurídico. Se caracteriza por la articulación de las dos primeras estrategias sentando un cambio paradigmático de derecho de los movimientos sociales que acompañan el proceso.

Esta perspectiva, de carácter explícitamente política surge de la necesidad de dejar de ver al derecho como monopolio único del Estado o como la única fuente del derecho, Rubial (2015). Por lo que apunta a la necesidad de visibilizar los procesos de interacción entre movimientos sociales y la movilización socio-legal del derecho. Visto que tiene por objetivo desafiar y transgredir el espacio de lo jurídicamente posible, para así instalar otros escenarios interpretativos, pero igualmente válidos en el ámbito jurídico. Es importante recalcar que, la estrategia jurídica no siempre es la más conveniente para promover las luchas sociales porque esta podría no representar las necesidades e intereses en juego de las comunidades o por el tiempo que implican para obtener resultados acorto plazo, Rubial (2015).

En síntesis, cualquier estudio que se pretenda realizar en torno a la acción colectiva y la movilización del derecho, debe comenzar por la ubicación del proceso organizativo dentro del contexto general de la sociedad.

II. Movilización Socio-Legal

En lo que concierne a MSL, en términos generales podríamos decir que constituye una de las formas específicas que asumen tanto los actores sociales como los movimientos sociales para hacer valer determinadas demandas, siendo el derecho uno de los elementos principales en dicha movilización. Este, se halla presente en algún ámbito de la acción colectiva (procesos enmarcadores, oportunidades, ambiente, estructuras de movilización y repertorios). En este sentido, lo que tipifica un proceso de MSL, es que el uso del derecho esté involucrado como un eje fundamental de la movilización.

III. Proceso de Movilización Social

Antecedentes y contexto político de la movilización

A continuación, se señalan de forma general, ideas centrales por periodos que ayudan a situarnos en el escenario político, económico y social en el que se desarrollaron los hechos de cada caso. El primer periodo (1811-1869) abarca la independencia del Paraguay (1811), desde entonces, los regímenes políticos que han gobernado el país saquearon y despojaron de sus hábitats tradicionales a comunidades indígenas y campesinas.

Para el segundo periodo (1870²), la situación indígena no había cambiado, este correspondería a la posguerra de la Triple Alianza contra el Paraguay. Durante esta fase el Estado se encontraba en una crisis económica, consecuencia de haber perdido la guerra y como salida a las deudas comenzó a vender las tierras fiscales, sin tener en cuenta a los habitantes de las mismas. El resultado fue la entrega de inmensos latifundios a empresarios ingleses, brasileños, estadounidenses, franceses y en menor medida a paraguayos³. Luego de concretar las ventas, las empresas comenzaron a operar en rubros como: la extracción de madera, yerba, ganado o simplemente la especulación inmobiliaria, y se produce el inicio de un tercer periodo (1960-1990), Ávila C. & García L. (2019). Este lapso se caracterizó por

² El punto de inflexión fue la Guerra de la Triple Alianza (1864-1870) en la que Argentina, Brasil y Uruguay apoyados por Gran Bretaña diezmaron la población de Paraguay y le arrebataron miles de kilómetros cuadrados de su territorio. Las salidas económicas buscaban saldar deudas que le fueron impuestas.

³ “Es importante, recordar que un primer intento del Estado Paraguayo de expansión del capitalismo al campo, se dio en la década del 60, momento en el que fue impulsado el “Plan del Trigo” por el gobierno dictatorial de Alfredo Stroessner. El mismo nació como medida política de la “Revolución Verde”, que implicó el endeudamiento de Paraguay a partir de la recepción de los créditos de la Alianza para el Progreso impulsada por los EEUU. Se lo puede ubicar de manera predominante, a partir de la década del 70’ con la entrada de la soja brasilera que, a su paso desplazó a la ganadería, deforestó bosques y expulsó poblaciones campesinas e indígenas de sus territorios. Este ingreso se dio a través de las fronteras de la Región Oriental con Brasil, particularmente en los departamentos de: Alto Paraná, Amambay, Canindeyú, Itapúa.

el ingreso del capital brasileño, impulsado por la dictadura stonista, que va lentamente introduciendo los primeros cultivos de soja en la década del setenta.

En lo que respecta al último y cuarto periodo, desde 1990 a la actualidad, es el momento de consolidación de los agrogocios en el país, implica la intensificación del cultivo de grano para exportación, la mayor presencia de multinacionales, la aprobación de semillas transgénicas y la importación de más agrotóxicos y más potentes, (Irala A., kretschmer R., y Palau Marielle: 2019). Además, no debemos olvidar que entre los años 1989 a 1992 se produce la llamada transición democrática.

En síntesis, el contexto histórico y político en que inician los Casos Yakye Axa y Sawhoyamaya, se remontan a dos momentos de la historia: primero, la venta de tierras públicas como salida a la crisis económica de la posguerra, momento en que se asientan las bases de un estructura económica latifundista y trasnacional dedicada a la explotación forestal y la ganadería extensiva, Ávila C. & García L. (2019), segundo momento, el período dictatorial, donde el gobierno a través de una manifiesta corrupción otorgó más de once millones de hectáreas de tierras destinadas a la reforma agraria, a correligionarios, militares y amigos, constituyéndose en la segunda importante concentración de la tierra a través del latifundio, Mendieta (2015).

Características del lugar, composición social

La geografía de Paraguay se divide en dos regiones, separadas por un río que lleva su nombre (Paraguay). Por un lado, la región Oriental, al sur, en donde se encuentra la mayor densidad poblacional y la región Occidental, al norte, conocida como Chaco, Mendieta (2015). En el país existen 19 pueblos indígenas, integrados por cinco familias lingüísticas, conformando una población de alrededor de 117.000 indígenas que totalizan el 1,8% del total del país.

Si nos referimos a los habitantes del Chaco paraguayo en la actualidad, podemos sintetizar una dicotomía entre un pequeño

grupo de personas y empresas que tienen latifundios y estancias agropecuarias, y otro gran grupo de personas, principalmente indígenas, que viven en comunidades y que en gran medida, antes que vivir, sobreviven a un Estado que se encuentra presente cuando hablamos de garantizar los intereses particulares de los primeros, y ausente cuando se trata de garantizar los derechos humanos de los segundos. Dado que hasta el siglo XIX, el Chaco paraguayo era territorio indígena.

Actores intervinientes los Proceso

El establecimiento de los emprendimientos agroextractivos en la región han desatado conflictos sociales que por un lado involucran a actores como las empresas transnacionales del agro-negocio, especuladores inmobiliarios, ganaderos, y por otro, a las Comunidades Indígenas (Caso uno: Comunidad Indígena Yakye Axa, y, Caso dos: Comunidad Indígena Sawhoyamaxa) desplazadas de sus territorios ancestrales por el avance de este tipo de empresas. Por último, debemos señalar a un tercer actor, el Estado, que asume el papel de vocero y promotor de las empresas nacionales y transnacionales.

Tipo de MSL y Objetivos de la Movilización

En lo que respecta al objetivo de la movilización de la Comunidad Yakye Axa y la Comunidad Sawhoyamxa, ambos desde el principio, apuntaba a la defensa y la activación del derecho colectivo sobre el territorio ancestral, la protección, y, efectivización de sus derechos, por lo que también se trata de un uso estricto de derecho que se enmarca en la defensa de derechos humanos, pues a nivel local y nacional las Comunidades no pretendían algo más que la protección y el reconocimiento sus derechos.

Sin embargo, cuando el marco de acción se traslada al escenario transnacional, la lucha Sawhoyamaxa, que se enmarca en la defensa del territorio y los derechos humanos, hace un doble uso de ambos marcos; por un lado, como instrumento de

denuncia pública, para visibilizar internacionalmente la discriminación y violaciones cometidas hacia la comunidad indígena del país, y, por otro, como una herramienta capaz de generar cambios normativos que cumplan con los estándares internacionales de los derechos humanos.

El proceso histórico del que hace parte la Comunidad Yakye Axa, ha sido ejemplo para otras comunidades indígenas que se encuentran en una situación semejante. De hecho, la reivindicación y la demanda por el territorio se han convertido en la raíz de la desigualdad social para la población indígena y no indígenas del país. Es más, si nos abocamos a los mayores conflictos políticos que se han dado en el Paraguay, posiblemente el 90% de ellos corresponde a la mala distribución de las tierras o la ilegalidad de las mismas. Sin embargo, las respuestas del Estado siempre han sido la vía de la represión y la sistemática violación de derechos humanos.

Procesos enmarcadores

Sobre este punto debemos tener en cuenta que, el proceso en el cual se enmarca la lucha y resistencia local de ambas Comunidades indígenas se ha ido modificando durante los más de veinte años que han durado ambos procesos de reivindicación territorial. Sobre todo, para la Comunidad Yakye Axa, en vista que al día de hoy (2020) no ha finalizado su proceso.

Por un lado, podríamos decir que, a nivel local, ambas movilizaciones se enmarcaron en la *Comunalidad y defensa del territorio indígena* para lo cual hacen uso de los derechos humanos como repertorio de acción colectiva. En este marco, la comunidad está profundamente vinculada al territorio debido a la relación no sólo en lo físico, material, sino también en lo simbólico, sentimental hasta lo cosmogónico. Esta concepción del territorio, unido con la vida misma, constituyó la base que permitió contar con redes comunitarias informales densas como forma de movilización para el proceso, (Herrera E.; Leyva A., y Peláez, J. (2020)).

Este tipo de marco surge de los movimientos de base indígena donde la comunidad se rige por la Asamblea Comunitaria y el Consejo de Ancianos como máxima autoridad comunitaria, donde la exigibilidad de derechos indígenas pasa de ser una cuestión de leyes a un tema de participación activa durante los procesos políticos, económicos y sociales, que afectan a los miembros de la comunidad. En general, los partidarios de este marco asumen una postura sobre la defensa del medio ambiente y la naturaleza, lo que está relacionado con el “giro ecoterritorial” donde los movimientos comienzan a configurarse en tipo socio-ambiental-territorial, Peláez (2018).

Dentro de este marco, la defensa de derechos humanos cumple la función de ideas aglutinantes, tanto para organizaciones y movilizaciones comunitarias, indígenas y campesinas, que utilizan y hacen uso de los mismos, Peláez (2018), como herramienta para exigir un manejo adecuado de las instituciones públicas encargadas de proteger y garantizar su cumplimiento, Svampa (2012).

Movilización del Derecho y de los Derechos Humanos

La movilización del derecho y de los derechos humanos no siempre fue parte de la movilización y la organización colectiva de la Comunidad Yakye Axa, y peor aún, de la Comunidad Sawhoyamaxa. Esta empieza a formar parte después de que el ambiente político e institucional fuera favorable para la población paraguaya en general, aquí debemos recordar que los 35 años de dictadura militar que vivió el país limitaron enormemente la capacidad organizativa de la sociedad. En este sentido, la Comunidad Sawhoyamaxa comienza el proceso de organización política y resistencia durante la transición democrática (1990), momento en el que decide utilizar el derecho como herramienta para hacer frente a las empresas ocupantes. Entre las estrategias utilizadas en este ámbito del proceso se encuentran las siguientes: demanda vía derecho administrativo; por el reconocimiento de derecho colectivo; medidas cautelares,

amparo y acción inconstitucionalidad contra las Empresa arrendataria de las tierras; litigio a nivel internacional y una modificación en el reglamento interno; proyecto de Ley de expropiación de los inmuebles a favor de la Comunidad. En esta última, los esfuerzos durante las primeras etapas se concentraron en generar información suficiente, difundirla y tejer alianzas con otras organizaciones.

En lo que toca a las oportunidades políticas, se hizo uso del derecho, derechos de los pueblos indígenas y los derechos humanos como repertorios y procesos enmarcadores. Empecemos por ubicar el lugar que ocupó el derecho dentro del Caso Sawhoyamaxa, primero; y al igual que el caso uno, la movilización del derecho se dio una vez que el ambiente político e institucional fue favorable para la Comunidad.

Como se mencionó en otros apartados, la MSL del Caso Sawhoyamaxa es una *MSL en sentido Estricto*, porque tuvo como base el uso de repertorios jurídicos como centro de la acción colectiva. Este marco de movilización también se relaciona con marcos y niveles más amplios como: el marco de la defensa del medio ambiente, los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), la defensa del territorio, postura que consiste y apunta a una democratización real de las decisiones que afectan fuertemente las condiciones de vida de los sectores más vulnerables y comprometen el porvenir de las futuras generaciones. Podemos decir que, el proceso demostró que el uso del derecho como repertorio de movilización social resulta útil si va acompañado de otros repertorios y si los actores movilizadas cuentan con fuerza política y estructuras de movilización versátiles y diversas.

Tipo de Movilización Socio-legal

Ahora bien, la estrategia de activar mecanismos internos para acceder al territorio no arrojó los resultados esperados, en vista a *factores que modifican las EOP*, como, la burocracia y corrupción. En consecuencia, ambas Comunidades acuden a

instancias internacionales, donde la Corte Interamericana considera que el Estado ha violado los derechos humanos de las mismas y ordena una serie de medidas de reparación.

Sin embargo, a pesar de las sentencias dictadas a favor de ambas Comunidades, estas no tuvieron impactos directos ni inmediatos. Por ejemplo, el cumplimiento de sentencia en el caso Sawhoyamaxa se dio luego de nueve años de haberse emitido, el poco avance para efectivizar las medidas hizo que los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa decidan reocupar sus tierras aun sobre la negativa de empresarios y sin intervención del Estado (2013).

Durante el primer año de reocupación, sin mayores trabas al asunto, el Congreso Nacional, decide por fin aprobar la ley de expropiación a favor de la comunidad e incluso al poco tiempo de haberlo hecho, sucede algo sin precedentes, la Corte Suprema de Justicia decidió “no hacer lugar”, a una acción de inconstitucionalidad⁴ promovida contra la referida Ley de expropiación favoreciendo a la Comunidad. En este punto, es importante señalar un factor que pudo haber influido para la expropiación de las tierras a favor de la Comunidad Sawhoyamaxa. El factor identificado, se relaciona con el ambiente político y la inestabilidad institucional de aquel periodo porque la reocupación de los Sawhoyamaxa fue a 11 meses de una de las mayores crisis política del país, la Masacre de Curuguaty, donde policías quisieron desalojar a campesinos que ocupaban tierras en esa localidad y terminó con un total de 17 muertos y la destitución del presidente paraguayo Fernando Lugo.

⁴ Se trata de una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley de expropiación, promovida por el representante legal de las empresas Kansol S.A. y Roswell Company S.A. Con anterioridad, las mismas empresas habían planteado una acción de inconstitucionalidad contra la referida ley de expropiación, en su integridad, que fue declarada sin lugar por la Corte Suprema del Paraguay en septiembre de 2014, lo cual fue constatado por la Corte Interamericana (supra Considerando 13). Cf. Acuerdo y Sentencia No. 384 emitida por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay de 2 de junio de 2015 (Anexo al informe presentado por el Estado el 4 diciembre de 2015).

No obstante, en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, tampoco se dio cumplimiento a la sentencia internacional de forma inmediata, incluso a pesar de las malas condiciones de vida de sus miembros. Las solicitudes de expropiación tramitadas por el INDI fueron rechazadas en tres ocasiones en el legislativo. Sobre esto, debemos mencionar que los resultados de investigaciones realizadas señalaron en su momento como verdadero propietario de las tierras a un ex financista de plaza, Oscar Carísimo Netto, ligado a la crisis bancaria paraguaya de mediados de los '90 provocada por el manejo de dinero en negro. Y, a finales del año 2001, las firmas arrendadas y administradas por la firma comercial de plaza Torokay S.A. Agropecuaria y Forestal transfieren las tierras a manos de Julio Osvaldo Domínguez Dibb⁵, empresario con mucho poder ligado a Carísimo Netto.

Es así que, luego de casi 10 años de no haber cumplido a cabalidad con las medidas ordenadas, y ante la denuncia de casos similares a los analizados aquí, el tribunal internacional durante el proceso de supervisión de sentencia, nuevamente reafirma la necesidad de un cambio normativo debido a que el procedimiento actual es inadecuado para la reivindicación de territorios ancestrales de derecho indígena.

Teniendo en cuenta que activar mecanismos internos y procedimientos jurídicos ha sido la estrategia central de ambos Casos y que estas no han generado los resultados esperados a corto plazo, podemos observar que el problema no es exclusivo de la falta de mecanismos y procedimientos internos, sino que la problemática también involucra cuestiones relacionadas a la operatividad de las instituciones al momento de proteger y garantizar los derechos humanos de la población afectada en

⁵ Osvaldo Domínguez Dibb: es miembro de una familia muy emparentada cercana al dictador Alfredo Stroessner. Dueño de la tabacalera Boquerón S.A. 2005. La empresa fue demandada por cuatro Estados norteamericanos, Oklahoma, Nebraska, Michigan y Missouri, acusada de falsificación de cigarrillos. Entre otras cosas el mismo fue presidente de club Olimpia, ex candidato a la presidencia colorada y, propietario de varios medios de información.

estos casos, sobre todo cuando estos colisionan con los derechos de propiedad privada.

Acorde con lo anterior, la idea de un cambio normativo no estuvo contemplada de forma explícita por la Comunidad Sawhoyamaxa, pero, sin duda marca una línea de acción a seguir, siempre y cuando se cumpla con los criterios de progresividad de los derechos humanos y se logre abrir espacios institucionales de negociación que aún se encuentran clausurados.

Alcances de la MSL-MS

El objetivo de las Comunidades fue el reconocimiento de los derechos colectivos sobre su territorio, pero para esto necesitaban desarrollar estrategias y repertorios jurídicos-políticos capaces de generar los procesos organizativos locales y la movilización social, para lo cual se hace uso de un repertorio político, el cual utilizó las herramientas jurídicas que ofrece el discurso de derechos humanos para generar la articulación de diversos actores a nivel nacional.

Además, debe señalarse que la movilización tuvo efectos positivos y negativos importantes a largo plazo, por un lado, los niveles de movilización local, nacional y transnacional, que arrojaron resultados en escalas diferentes, donde la más importante es el cambio normativo del Estatuto de Comunidades Indígenas, que deja un posible repertorio jurídico y más efectivo, para garantizar los derechos humanos de las Comunidades del país.

En general, los alcances de la MSL en cuanto al tipo de uso de los derechos humanos, son utilizados como instrumentos jurídicos que, en el mejor de los casos, son capaces de generar espacios y oportunidades que contribuyan, en alguna forma, para que las organizaciones comunitarias, movimientos y grupos en lucha cuenten con repertorios jurídicos y marcos que aporten a su lucha.

Estructuras de movilización

Han sido varias las organizaciones y actores que participaron a lo largo de los veinticuatro años del proceso de movilización socio-legal que abarcan los Casos (uno y dos). Cada uno, con diferentes niveles de involucramiento y en distintos momentos, pero cumpliendo una importante labor. Sin embargo, lo que permitió al proceso de resistencia indígena mantenerse en pie durante estos años es la Comunidad y su relación con el territorio.

Por ejemplo, como parte de las estructuras organizativas antes, durante y después de la MSL, se identificaron tres componentes relacionados. El primero, consiste en las formas de organización, formales e informales, anteriores o sobrevivientes, a través de estas los miembros de la Comunidad han logrado involucrarse en la acción colectiva. Aquí se ubican a los actores locales: miembros del Caso Yakye Axa, el Consejo de Ancianos y a la Comunidad misma.

El segundo, vinculado a las redes conectivas consensuadas, estas permitieron a la Comunidad conectarse con diversos actores en distintas escalas y con responsabilidades varias. Aquí se citan a los movimientos y organizaciones locales que han acompañado el proceso a nivel local, nacional y trasnacional, entre los que se encuentran, los partidos políticos, defensores de derechos humanos, asociaciones internacionales, además, desde 1999, la Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay (CODEHUPY), la ONG Tierra Viva⁶, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), las organizaciones internacionales de derechos humanos, investigadores, defensores de

⁶ En lo que respecta a la ONG Tierra Viva, que, desde 1994 se dedicó a trabajar en la promoción y defensa de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas, con énfasis en la restitución territorial, siendo el derecho territorial el eje a partir del cual se ensamblan las diversas acciones y líneas de acción, entre estas se mencionan: el litigio estratégico, la incidencia en políticas públicas, la capacitación, el fortalecimiento organizacional, formación política y jurídica, así como el asesoramiento general, son sus principales trabajos orientados a la exigibilidad de derechos. <http://www.tierraviva.org.py/>

derechos humanos, actores que jugaron papales fundamentales. Las mismas, cumplen la función de articulación de los distintos esfuerzos.

Caso Tres: La Coordinadora de Organizaciones Sociales de Tava'i

En el caso de la Coordinadora de Tava'i (en adelante) también es uso Estricto del derecho, se trataba de la defensa y activación de derechos reconocidos constitucional e internacionalmente. Por un lado, durante la primera fase (2003-2008) la Coordinadora de Tava'i buscaba impedir el cierre del hospital y la venta del inmueble, a través del uso de repertorios como: la manifestación social permanente, las solicitudes al Estado para que no permita la privación de un derecho fundamental como el acceso a salud de la Comunidad.

Po otro, en la segunda fase, se da posterior a la detención del dirigente campesino, quien fue condenado a prisión domiciliaria con la prohibición de participar en reuniones de más de tres personas durante dos años. En este punto, también es importante resaltar que la Coordinadora de Tava'i emergió en el 2007 con un claro objetivo, impedir cierre del hospital, sin embargo, luego de que uno de los dirigentes haya sido condenado a prisión domiciliaria, y, el ahora dueño⁷ del predio en disputa lo convirtiera en un complejo ganadero, la Coordinadora deja de operar en el año 2012, lo confirma la tan efectiva estrategia de desmovilización del Estado.

Durante la tercera fase, tras haber agotado la instancia interna, la defensa de Evelio presenta ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas una denuncia contra el Estado paraguayo por haber violado el derecho de Giménez igualdad ante la ley (Declaración Americana sobre Derechos Humanos, Capítulo II. Art. n° . 4.,1969) la presunción de

⁷ En parte de la entrevista al dirigente campesino, este refirió que el ex asesor jurídico de la fundación es el actual dueño del complejo ganadero.

inocencia (Art. 15); y de reunión pacífica (Art.21) de Evelio Ramón Giménez, derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

En general, podríamos decir que, durante la fase una y dos no existió MSL propiamente dicha, pues la defensa se dedicó a la defensa del dirigente detenido, pero, a partir de la tercera fase o movilización transnacional, la lucha por los derechos de la Comunidad vuelve a ser el centro de la movilización, pero esta vez, la defensa de los derechos se da a partir del uso de repertorios jurídicos. Si bien, la ausencia de este en la fase uno se debió tanto al contexto en que se produjo la movilización como a la falta de profesionales del derecho que pudiesen brindar asesoramiento al momento de la movilización campesina del distrito de Tava'i.

En este marco, la estrategia jurídica se trata del litigio Internacional con el objetivo de abrir espacios políticos e institucionales de negociación con el Estado, clausurados por la criminalización de medios de expresión y protesta política de los sectores campesinos, Valiente (2014). En respuesta, el Comité señaló que la defensa de Evelio no fundamentó suficientemente la queja sobre la arbitrariedad y denegación de justicia por lo que no fue admitida (Dictamen C.D.H. núm. 2372/20,2018). No obstante, sobre el punto de restricción del derecho de reunión pacífica, señaló que el Estado estableció restricciones desproporcionadas sin ninguna base legal y que tampoco explica cómo en la práctica la participación de Evelio en una reunión de tres personas o más podía vulnerar los derechos y libertades de los demás o plantear una amenaza para la protección de seguridad y el orden público.

De este modo, el Comité indicó que el Estado paraguay limitó indebidamente el derecho de libertad de reunión (Art.21) establecido en el PIDCP, violando el derecho de Evelio. Así mismo, el Estado está obligado a proporcionar una reparación efectiva, lo que incluye el reembolso de las costas procesales y una indemnización además de tomar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

Si bien, la denuncia no fue admitida en su totalidad, pero podríamos decir que la estrategia jurídica ha cumplido medianamente con su propósito de generar espacios de participación política dentro de las instituciones públicas. En este sentido, es que la propuesta presentada por las organizaciones y el dirigente a punta a una “reparación social” y colectiva para la Comunidad de Tavea`i. Estas consisten en la construcción de un hospital con la provisión o dotación de equipamiento adecuado, y la modificación del código procesal penal de forma a que no se repita el atropello de prohibir asistir a reuniones a cualquier otra persona vinculada a las reivindicaciones sociales.

Acorde con esto, la Comisión Interinstitucional para el Cumplimiento de Sentencias Internacionales (CICSI), se reunió con el dirigente campesino abogados de la CODEHUPY y Base IS. Los representantes mostraron interés y predisposición para llegar a un acuerdo de reparación con el fin de resarcir los derechos que fueron violentados contra Ramón Giménez.

Durante una entrevista realizada a Evelio en el marco de este estudio, él mismo refirió que la propuesta presentada a la CICSI abarca dos cuestiones centrales para cumplir el acceso a la salud de miembros de la Comunidad de Tavea`i, el primero consiste en la construcción de un hospital, dotación de equipamiento adecuado, ambulancias, una farmacia de carácter comunitario y el nombramiento de funcionarios y funcionarias médicas profesionales que hacen falta en la Comunidad. Y, el segundo punto, la posibilidad de que el caso de Evelio Giménez sea conocido en la Escuela Judicial y en el Centro de Entrenamiento del Ministerio Público para que los futuros fiscales y jueces internalicen la prohibición de restringir un derecho constitucional en el marco de un procedimiento penal. Por el momento la propuesta se encuentra siendo analizada por la CICSI.

Conclusiones finales

A continuación, se exponen los principales resultados de la investigación:

PRIMERA. Sobre los factores de viabilidad del uso del derecho y los derechos humanos como herramienta de resistencia y transformación social por parte de comunidades indígenas y organizaciones campesinas en los tres casos por igual, los resultados indican que existe la posibilidad o viabilidad para este tipo de usos, siempre y cuando los repertorios jurídicos sean articulados a otros repertorios propios de la acción colectiva, y además, cuenten con estructuras sólidas de movilización ya que sin estos elementos sería imposible sostener los procesos MSL.

SEGUNDA. Los factores que inciden para que las comunidades indígenas y organizaciones campesinas hagan uso del derecho y los derechos humanos como herramienta de resistencia, han sido: la privación del territorio a estas comunidades, situación que ha convertido el uso de repertorios jurídicos y la acción colectiva en herramientas útiles para disputar al Estado la falta de garantías y de protección necesaria sobre los derechos humanos de estas comunidades a nivel nacional. Sin embargo, no podemos olvidar otros factores de incidencia como: el ambiente político, y sobre todo las consecuencias negativas del modelo productivo del país.

TERCERA. Los elementos identificados como obstáculos o límites para garantizar los derechos humanos de comunidades indígenas y organizaciones campesinas en Paraguay, entre los principales se señala al modelo productivo, factor desencadenante del proceso de desterritorialización de las comunidades en cuestión; el enclaustramiento político de un sector en el poder que influye e incide sobre la implementación de políticas impositivas al sector agroempresarial para el financiamiento de políticas públicas; la falta de garantías institucionales para dar cumplimiento a las sentencias en los últimos 15 años; la criminalización de la lucha social, para desmovilizar a las comunidades indígenas y organizaciones campesinas; y además, la falta de mecanismos internos que protejan los derechos de pueblos, comunidades indígenas y campesinas del país.

CUARTA. Dos resultados claves: el primero, a nivel local-nacional aún quedan pendientes la posibilidad del cambio

normativo sobre el Estatuto de Comunidades Indígenas y la reparación social propuesta en el Caso de Evelio porque son procesos inacabados.

No obstante, estos resultados, son asumidos como una ventana de oportunidad que podrían impulsar y expandir los derechos de la población indígena-campesina en el país, siempre y cuando exista un ambiente político e institucional favorable y se cuente con las estructuras de soportes suficientes para sostener el proceso. Segundo, relacionado a la centralización de las ONG's que actúan como estructura de soporte en los casos, si bien, es cierto que el apoyo proporcionado ha sido fundamental, pero la ubicación geográfica (rural-urbana) de estas, sin duda habría influido bastante para que las tres Comunidades (Yakye Axa, Sawhoyamaxa, y la Coordinadora de Tava'i) puedan acceder a ellas y solicitar ayuda o colaboración, por ejemplo; en tercer caso, el proceso ante el Comité de DD.HH. llega al nivel internacional únicamente porque las organizaciones se acercan a la familia, como lo expone el dirigente durante la entrevista realizada.

Bibliografía

- Ávila, Claudia & García, Lis (2019) “Atlas del Agronegocio en Paraguay” en *BASE Investigaciones Sociales*. Fundación Rosa Luxemburgo. Asunción, Paraguay. En línea en: http://www.baseis.org.py/wp-content/uploads/2020/03/2019_Dic-ATLAS.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”. Sentencia. En línea en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). “Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek Vs. Paraguay”. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. En línea en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/yakye_axa_14_05_19.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay”. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/sawhoyamaxa_02_02_07.pdf.

- Herrera, Edith, Leyva, Alejandra, & Peláez, Jorge (2020). “La lucha social contra proyectos mineros en la montaña de Guerrero, México: el derecho y los derechos como repertorio de movilización en defensa del territorio” en *Globalización, neoliberalismo y derechos de los pueblos indígenas en México*. UNAM. México. En línea en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/58503>.
- Hincapié, Sandra (2018). “Movilización sociolegal transnacional. Extractivismo y Derechos Humanos en América Latina” en *América Latina Hoy*. Revista de ciencias sociales. N° 80. Universidad de Salamanca. España. En línea en: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/142366/Movilizacion_sociolegal_transnacional_Ex.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Irala, Abel, Kretschmer, Regina, & Palau, Marielle, (2019) *Ocupaciones de tierra: marcas del conflicto rural (1990-2019)*. Editorial *BASE Investigaciones Sociales*. Asunción. En línea en: http://www.baseis.org.py/wp-content/uploads/2020/03/2019_Dic-Ocupaciones-de-tierras.pdf
- Manzo, Mariana Anahí (2018) “La Movilización Del Derecho Por Movimientos Sociales: Dinámicas De La Política Radical De Transformación Y El Espacio De Lo Jurídicamente Pensable” en *Revista Oñati Socio-Legal Series*. N° 5. Guipúzcoa, España. En línea en: <http://ssrn.com/abstract=3278758>
- McAdam, Doug (1999). “Orígenes terminológicos, problemas actuales y futuras líneas de investigación” en *Movimientos sociales, perspectivas comparadas: oportunidades políticas, estructuras de movilización y marcos interpretativos culturales*. Editorial Istmo. Madrid
- Peláez Padilla, Jorge (2015) “Derechos humanos movilización social: un marco analítico para su estudio”, en *Derechos humanos y transformación política en contextos de violencia*. UNAM, México. En línea en: <https://sjlatinoamerica.files.wordpress.com/2016/05/pelaez-derechos-humanos.pdf>.
- Peláez Padilla, Jorge (2018). “La identidad precipitada. Los límites del derecho como marco para la acción colectiva” en *Revista Oñati Socio-Legal Series*. N° 5. Guipúzcoa, España. En línea en: <http://ssrn.com/abstract=3132406>.

Svampa, Maristella (2012) “Consenso de los commodities, giro eco-territorial y pensamiento crítico en América Latina” en OSAL. N° 32. Año 13. CLACSO. Argentina. En línea en: <http://www.maristellavampa.net/archivos/ensayo59.pdf>.

Valiente, Hugo (2014) Comunidades en lucha: Cuatro demandas al Estado paraguay por violación de Derechos Humanos. Editorial BASE Investigaciones Sociales. Asunción. En línea en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/Paraguay/base-is/20170331040456/pdf_1210.pdf

Por qué no deberíamos hablar de “lawfare”

Why we shouldn't say “Lawfare”

Por que não devemos falar sobre “Lawfare”

Pourquoi on ne devrait pas dire “Lawfare”

为什么我们不应该说“法律战争”

*Carlos Alberto Zannini*¹

Universidad Nacional de Córdoba - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16, Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 191-204

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e419>

Recibido: 01/07/2020

Aprobado: 30/07/2020

Resumen: El trabajo analiza el origen y utilización del término “Lawfare” para describir la herramienta de persecución política utilizada por los medios de comunicación y el Poder Judicial para desprestigiar a líderes políticos, en especial en Latinoamérica. El autor propone desarrollar la idea de la incorrección del traslado automático del concepto desde su plano original, la guerra, al de la política. Luego de describir varios de los mecanismos utilizados en la Argentina para criminalizar a dirigentes políticos opositores, concluye que el fenómeno en estudio no es una guerra

¹ Abogado. Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Director de Asuntos Judiciales de la Fiscalía de Estado de la provincia de Santa Cruz (1984-1988). Secretario de Gobierno de la Intendencia de Río Gallegos, provincia de Santa Cruz (1988-1991). Ministro de Gobierno de la provincia de Santa Cruz (1991-1994). Convencional Constituyente en la Reforma Constitucional de la provincia de Santa Cruz (1994). Diputado Provincial de la provincia de Santa Cruz (1994-1999). Convencional Constituyente en la Reforma Constitucional de la provincia de Santa Cruz (1998). Diputado Provincial de la provincia de Santa Cruz (1999-2000). Presidente y vocal del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Santa Cruz (2000-2003) Secretario Legal y Técnico de la Presidencia de la Nación (2003-2015). Director del Banco Provincia de Santa Cruz en representación del Estado provincial (2016-2019). Procurador del Tesoro de la Nación (desde 2019).

jurídica, sino una violación de las leyes y de las más elementales garantías constitucionales. Advierte que en el nombrar hay un fuerte poder. En renombrar también. La lengua española, más rica infinitamente que la inglesa, nos ofrece una oportunidad de llamar a las cosas tal cual son: se trata, se trató, de una persecución mediático-judicial a los opositores.

Palabras claves: persecución, opositores, Poder Judicial, Medios de Comunicación, Ley.

Abstract: This work analyzes the origin and use of the term “Lawfare” to describe the political persecution device used by the media and the Judiciary to discredit political leaders, especially in Latin America. The author proposes to elaborate the idea of the “*incorrectness of the automatic transfer*” from his original field of study; from “war” to “politics”. After describing several of the mechanisms used in Argentina to criminalize opposition political leaders, he concludes that the phenomenon in question is not a legal war, but a violation of the laws and the most elementary constitutional guarantees. the author also observes that naming has a strong power. Renaming too. The Spanish language, infinitely richer than English, offers us an opportunity to call things as they are: it is, it was, a mediatic and judicial persecution of opponents.

Key words: Persecution, political opponents, Judiciary, Media, Law.

Resumo: O trabalho a seguir analisa a origem e o uso do termo “Lawfare” para descrever a ferramenta de perseguição política usada pelos meios de comunicação e pelo Judiciário para desacreditar os líderes políticos, especialmente na América Latina. O autor propõe desenvolver a idéia da *incorreta transferência automática* do conceito de seu plano original, a guerra, para o campo da política. Depois de descrever vários dos mecanismos utilizados na Argentina para criminalizar líderes políticos da oposição, ele conclui que o fenômeno em estudo não é uma guerra legal, mas uma violação das leis e os mais elementares garantias constitucionais. Observe que ao nomear há um poder forte. Ao renomear também. A língua espanhola, infinitamente mais rica que o inglês, oferece-nos uma oportunidade de chamar as coisas como são: é, era uma perseguição judicial dos meios de comunicação aos oponentes políticos.

Palavras chaves: Perseguição, oponentes políticos, Judiciário, Meios de comunicação, Lei

Résumé: Cette recherche analyse l’origine et l’utilisation du terme «Lawfare» pour décrire le dispositif de persécution politique utilisé par les médias et le pouvoir judiciaire afin de discréditer les dirigeants politiques, en particulier en Amérique latine. L’auteur propose de développer l’idée de l’inexactitude du transfert automatique du concept de son plan d’origine, la guerre à celui de la politique. Après avoir décrit plusieurs des mécanismes utilisés en Argentine pour criminaliser les dirigeants politiques de l’opposition politique, il conclut que le phénomène étudié n’est pas une guerre légale, mais une violation des lois et des garanties constitutionnelles plus élémentaires. L’auteur avertit en outre que dans la dénomination il y a un fort pouvoir. En renommant aussi. La langue espagnole, infiniment plus riche que l’anglais, nous offre l’opportunité d’appeler les choses telles qu’elles sont: c’est, c’était une persécution médiatique-judiciaire des opposants politiques.

Mots clés: Persécution, opposants politiques, système judiciaire, médias, droit

简介: 本文分析了“法律战争”一词的起源和使用,以描述媒体和司法机构用来抹黑政治领导人(特别是在拉丁美洲)的政治迫害工具。作者建议将概念的`自动转移的不正确性`从最初的战争,政治发展为思想。在描述了阿根廷将反对派政治领导人定罪的几种机制之后,他得出结论,所研究的现象不是法律战争,而是违反法律和最基本的宪法保障。请注意,命名中具有强大的功能。在重命名中。西班牙语比英语丰富得多,它为我们提供了一个按原样称呼事物的机会:它曾经是对对手的媒体司法迫害。

关键字: 迫害, 政治对手, 司法机构, 媒体, 法律

1. Introducción al tema

En toda Latinoamérica se ha desplegado una fuerte ofensiva neoliberal para tratar de excluir del mapa político e institucional a líderes que expresan posturas favorables a la inclusión social, la disminución de la concentración económica en manos de unos pocos sobre el hambre de otros muchos, la soberanía política local y la amplia participación de la ciudadanía en la toma de decisiones.

La herramienta más usual ha consistido en rabiosos ataques mediáticos que precedían el urdido de causas judiciales y las decisiones tomadas bajo presión, miedo o convencimiento basado en prejuicios ideológicos, por jueces que han parecido obedecer libretos fraguados en los sótanos oscuros de los servicios de inteligencia (aunque, en el caso de la República Argentina, los libretos se esparcieran desde el despacho mismo del Ministro de Justicia, o desde las cercanías sino desde el propio despacho Presidencial, como se ha reconocido).

Bajo un enorme manto mediático, desarrollado en distintos puntos de Latinoamérica, donde proliferaron en el último lustro los mismos mecanismos de persecución política, se ha tratado y trata de presentarlas como parte de una supuesta lucha contra la corrupción, incitando a obtener un castigo ejemplificador junto con la proscripción política de los supuestos autores.

La secuencia, partiendo de una “investigación” supuestamente periodística, recalca en la denuncia ante la justicia que dispara un proceso judicial verdaderamente kafkiano, para conjugarse con la construcción mediática de un escenario público de demonización del denunciado, desde donde el acontecer jurídico de normalización, si prospera, se presentará a la sociedad como “el triunfo de la impunidad”.

Por su propia naturaleza, dar cierta apariencia de legalidad para desprestigiar a la actividad política como tal, sobre la base de trasladar nombres desde la representación popular a las páginas de policiales, resulta central en estas “operaciones”.

En particular, ese ha sido el mecanismo desplegado en América del Sur, que ha tenido por objetivos centrales a ex presidentes como Rafael Correa en Ecuador, Luiz Inácio “Lula” Da Silva en Brasil y a la ex Presidenta y hoy Vice Presidenta de la Argentina, Dra. Cristina Fernández de Kirchner y, últimamente, al depuesto Presidente de la República Plurinacional de Bolivia, Evo Morales Aymara.

Esa “herramienta” se conoce por estas latitudes con un nombre en inglés, que resulta de la contracción de dos vocablos: ley

(law) y guerra (warfare). Se trata, ya en el decir periodístico cotidiano, del “Lawfare”.

Su uso se ha extendido de modo que los unos niegan ejercerlo, invocando la labor “de la justicia”; y los otros se revelan como víctimas de tal acción, a ambos lados del vocablo.

En estas líneas me propongo desarrollar la idea de la incorrección del traslado automático del concepto desde su plano original, la guerra al de la política –a riesgo de no ser escuchado–, ya sea por la extendida y cotidiana utilización del término, o cualquier otra razón.

Pero, vamos por partes:

2. Lawfare. El concepto original

Charles Dunlap jr., General de División (R) de la Fuerza Aérea de Estados Unidos de América, en un artículo titulado: “Introducción a la guerra jurídica. Manual Básico”, tras explicar que la ley es un elemento central de los conflictos del siglo XXI y para resumir el concepto de lo que ha llegado a conocerse como “guerra jurídica”, la define como *“el uso de la ley como un medio para conseguir lo que de otra manera tendría que conseguirse con la aplicación de la fuerza militar tradicional”* (p.2, op. cit.).

En inglés, en el ensayo que citamos más abajo, lo expresaba así: “ Lawfare describes a method of warfare where law is used as a means of realizing a military objective.” (p. 4 op. cit. infra).

Explica el autor que el concepto, que no es nuevo, se relaciona con la problemática que apareja el hecho que “... los beligerantes (de la actualidad) y, en particular aquellos que no pueden hacer frente a las capacidades militares de alta tecnología estadounidenses están intentando usar la ley como una forma de guerra «asimétrica»...” (p. 2 cit.).

Luego de sostener que “... la guerra jurídica es ideológicamente neutral...”, afirma que “... puede sustituir a la guerra tradicional cuando funciona como un medio que obliga a ciertos comportamientos específicos con menos costos que la guerra

cinética, e incluso en los casos en donde la guerra cinética sería ineficaz...” (p. 2, op. cit.).

Explica también, quien inaugurara el uso moderno del término “Lawfare” al utilizarlo en un ensayo que escribió para la Escuela de Gobierno John F. Kennedy, de la Universidad de Harvard, en 2001, que “... *puede utilizarse la ley para socavar a los adversarios...*” (p. 4., op. cit.).

En verdad, le preocupa que “... la mayoría de los adversarios de Estados Unidos en realidad ven el respeto por la ley en nuestra cultura política como un «centro de gravedad» que ha de ser explotado...” y por tanto “... los incidentes ilegales ayudan notablemente la estrategia de guerra jurídica del enemigo...” (ídem, p. 4).

Como colofón de su trabajo, aconseja que, así como los comandantes están familiarizados con el concepto de preparación de inteligencia del campo de batalla, necesitan agregar la preparación jurídica a su lista de tareas pendientes, y “un elemento clave en esta iniciativa es el uso de los auditores”, así como “educar a las tropas sobre la guerra jurídica” (p. 9, op. cit.).

Como se ve, el concepto tiene una referencia específica a los conflictos armados, a la guerra, y no viene a ser sino una respuesta al problema que presenta para las democracias modernas obtener una base de apoyo público considerable para un conflicto armado aún limitado, sobre todo si las personas creen que la guerra se está llevando a cabo de una manera injusta, inhumana o inicua.

Hasta aquí, el General (R) Charles Dunlap, jr., y su concepto.

3. El uso del término “lawfare” en la política latinoamericana

Sin más, el nombre forjado para otros fines, se trasladó a la arena política, y en nuestras latitudes, se adoptó como un neologismo que resume en una palabra un muy amplio conjunto de acciones persecutorias hacia los adversarios políticos.

Pienso que basta una mirada un poco más detenida para advertir que, llamar de ese modo a este accionar sistemático, un verdadero modelo de dominación y entretenimiento de la sociedad, es, por lo menos, benévolo.

Así, ese nombre tapa la verdadera naturaleza de la implicancia política e institucional que tuvo y tiene esa práctica.

La mayor trascendencia y conocimiento del concepto de “Lawfare”, para América del Sur, no ha sido en el terreno militar ni relacionado a guerra alguna.

Se ha llamado así al hostigamiento y la persecución de los adversarios políticos contrarios al establishment, concretado con la utilización profusa de los medios de comunicación y los servicios de inteligencia; que empujan una acción judicial violatoria de los derechos básicos que por estas latitudes representan el estado de inocencia, el derecho a la defensa en juicio, la prohibición de la creación de tribunales especiales y el derecho al debido proceso y al imperio de las leyes.

Básicamente, como más arriba hemos manifestado, se ha tratado de la persecución a ex presidentes y líderes políticos, así como a muchos de sus partidarios, en Brasil, Ecuador, Argentina y Bolivia.

Podría sostenerse que el método ha sido utilizado para intentar lograr la proscripción de esos líderes, o por lo menos, para tratar de provocarles un gran daño reputacional, sin reparar en la ilegalidad de los medios persecutorios, para dificultarles, limitarles, o simplemente, impedirles su participación política.

Paradójicamente, ya alejado el gobierno que provocara en la Argentina el más gigantesco apagón institucional en democracia, a medida que se van develando los tramos más escabrosos de esa ilegal persecución, los medios de difusión dominantes pretenden presentar el ejercicio de la defensa en juicio como “ardides” o “chicanas”, y la aplicación correcta de las leyes y el respeto a los derechos consagrados constitucionalmente como supuesta consagración de la impunidad.

4. El mecanismo específicamente aplicado en Argentina. Las normas violadas como parte de la persecución

Sin que la enumeración que sigue agote el listado, sobre todo porque casi diariamente se descubre una nueva utilización de tal método o, simplemente la lisa y llana extorsión, parece aconsejable tratar de enunciar someramente algunos de los hechos que han caracterizado esas persecuciones en nuestra latitud.

El componente judicial del mecanismo de persecución instalado, fundamentalmente, ha tenido por sede a algunos de los despachos de Comodoro Py (así se denomina en la República Argentina al edificio donde se ubican, en la Capital Federal, los Tribunales Federales de Primera Instancia, la Cámara Federal de Apelaciones, la Cámara de Casación Penal y los Tribunales Orales Federales).

Para la cooptación o disciplinamiento de esa parte del Poder Judicial, en primer lugar y como paso inaugural, se produjo una verdadera toma por asalto y copamiento del Consejo de la Magistratura como medida para instalar, en contra de la normativa vigente y lo que manda la Constitución, una verdadera hegemonía oficialista que tenía por función ejecutar la voluntad del Poder Ejecutivo y su tristemente célebre “mesa judicial”.

Para concretar aquello hubo de comenzar por violarse el Reglamento de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, impidiendo a la oposición ocupar su lugar sustituyendo inválidamente uno de sus representantes por otro del oficialismo de entonces.

Es de recordar que, para poder concretar a través del Consejo de la Magistratura una de sus medidas de “disciplinamiento” se retuvo a un nuevo miembro válidamente designado, retrasando su jura mientras se aceleraba la medida de apartamiento de un juez que no respondía a la simpatía presidencial, violando o interpretando de manera sibilina el propio reglamento del Consejo de la Magistratura.

Se le suma a ello, en segundo lugar, la utilización violatoria de la Constitución Nacional, de la figura de los “traslados” de magistrados para la integración irregular de órganos de juzgamiento con violación a la garantía constitucional del juez natural, ya que ellos son así asimilables a “los tribunales o comisiones especiales” que la Constitución Nacional prohíbe.

En tercer lugar, se agrega a los mecanismos anteriormente señalados, la simple manipulación de los sorteos de juzgado de aquellas causas que le resultaban de interés político al Poder Ejecutivo, para de ese modo adjudicarlas a jueces afines que aplicaran sus órdenes sin hesitación.

Esa práctica, que constituye un perverso “Forum Shopping” al revés, acumuló en pocos jueces la mayoría de las causas resultantes. Ha actuado como un verdadero “fuero de atracción” ilegalmente instaurado.

La utilización del mecanismo es violatoria de las normas que reglamentan los sorteos de causas y de la Ley Orgánica de la Justicia Nacional, implicando en realidad un apartamiento grave del principio del juez natural.

En cuarto lugar, se han ejecutado manipulaciones de pruebas, violación y desnaturalización de la labor pericial, apartándose de un modo burdo de las formas científicas de asesoramiento y auxilio a la judicatura.

Es decir, trabajaron la falsedad sobre las propias herramientas que el Código Procesal pone en manos de los jueces, llegando a presentar malas copias sustraídas de internet como trabajos científicos, para abonar disparatadas conclusiones incriminatorias de los opositores que buscaban perjudicar, así como para presentar como resultados periciales conclusiones sin respaldo de algunas de las personas intervinientes en las pericias.

Además de constituir esos hechos flagrantes delitos, se ha violado el Código Procesal y producido pruebas que sólo han permanecido con una fachada falsa de validez, pero que constituyen nulidades procesales invalidantes de los procesos que

las han contenido, en tanto violan el principio de legalidad y el debido proceso.

En quinto lugar, se ha recurrido a la lisa y llana instalación de tribunales especiales para el juzgamiento de las causas, tratando de garantizar el espectáculo mediático con fines electorales.

En su momento, por la magnitud del escándalo jurídico, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo que impedir la consumación del intento más grave (la creación de un TOF 9) con su intervención.

Si bien fracasó aquella iniciativa tan obscena, ello no fue óbice para que por medio de recusaciones y otros mecanismos de presión u ofertas de promoción sobre los jueces, trataran siempre de asegurar una mayoría sumisa en los tribunales orales.

Se violaba así la garantía del juez natural, la obligatoriedad del debido proceso y el respeto a la legalidad.

En sexto lugar, como mecanismo, se contó también con la propia y directa fabricación o invento de causas, criminalizando o buscando pintar como delictuales, actos de gobierno que constituyeron normal ejercicio de atribuciones constitucionales. El uso del espionaje ilegal no estuvo ausente al servicio de esa finalidad.

En séptimo lugar, el simple hostigamiento, la amenaza velada o pública, o la invención de denuncias y causas judiciales para los propios componentes del Poder Judicial o los Ministerios Públicos que no le eran afines, o no se disciplinaban a sus reclamos, o simplemente, obstaculizaban su interés económico en causas donde buscaron favorecer a empresas de propiedad del ex Presidente Mauricio Macri.

A todo ello se sumó, en octavo lugar y en el ámbito judicial, la violación del Código Procesal Penal con el abuso, uso infundado o la exagerada aplicación de la figura de la prisión preventiva como verdadero castigo anticipado en violación a la ley, sin condena firme para los opositores, mientras que el silenciamiento y el sobreseimiento expreso (Express) era la medida para los oficialistas en sus ya numerosos hechos delictivos sin investigar.

En noveno lugar, además, como ya ocurriera en otras etapas históricas, la aplicación de la figura de la asociación ilícita extendida a los participantes de un gobierno como medio inculpativo sin otra prueba que la afirmación de su existencia, que actúa también con efectos procesales en la medida en que tal inculpativo torna a veces aplicable la prisión preventiva, garantizando la espectacularidad en la difusión mediática, era otra medida corriente para los opositores.

En décimo lugar de esta sucinta muestra, se produjo el agregado de una polémica figura al procedimiento penal, cual es la del imputado colaborador, y su uso sin observar las formas impuestas por la ley que lo instrumenta, Ley 27.304, posibilitando su uso extorsivo (asimilándole a una “sortija” para decidir “volver a casa o ir preso”), en combinación con fotocopias de cuadernos que se queman o reviven o permanecen ocultos conforme las necesidades de la causa a la que sirven, han sido características de un proceso viciado, pero ciertamente “creativo”.

Como se ve en este ya largo resumen, buena parte del Código Procesal Penal se tornó letra muerta.

En particular, el Título 1 “Garantías fundamentales...”, art. 1. “juez natural, juicio previo, principio de inocencia, Non bis in ídem”. El art. 167 “Nulidades de orden general”; 172, nulidad de un acto; 263, inc. 3 en tanto algunas pericias lo han violado ya que no fueron formuladas por los peritos “conforme los principios de su ciencia, arte o técnica”.

Una exótica doctrina violó arbitrariamente los principios del art. 280 y 312 de la ley procesal así como sus correlativos 316, 317 y 319 para mantener en prisión a personas a las que debiera haberse excarcelado, y a la normativa que rige la extensión máxima de las prisiones preventivas conforme obligan tratados internacionales.

Para mayor escándalo, a situaciones similares se les concedía distintos tratamientos, empeorando las condiciones en tanto las acusaciones se refirieran o no a opositores al gobierno.

Los mecanismos que se reseñan aquí, han constituido en muchos casos no sólo una violación de los procedimientos, sino también han configurado violaciones al propio Código Penal.

Desde privación ilegal de la libertad (art. 141 CP), violación de la privacidad (art. 153 CP), extorsión (art. 168 CP), abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público (art. 248 CP), hasta el prevaricato (art. 269, 270 CP).

Lo que es peor, en ese accionar debieron dejarse de lado garantías consagradas en la Constitución de la Nación Argentina. En particular sus artículos 18 y 19, así como los contenidos en los tratados incluidos en su texto con jerarquía constitucional conforme el inciso 22 del art. 75, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14 párrafo 2 y la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 7 apart. 1 y 3 y el art. 8 párrafo 2.

5. No es una guerra jurídica. Es una violación de las leyes y de las más elementales garantías constitucionales

Si, como hemos visto más arriba, la “guerra jurídica” o “lawfare” es *“el uso de la ley como un medio para conseguir lo que de otra manera tendría que conseguirse con la aplicación de la fuerza militar tradicional”* (lug. cit.), está claro que los mecanismos de dominación y disciplinamiento aplicados en gran parte de Latinoamérica y en la República Argentina en particular, que han consistido básicamente en violaciones a la ley y al texto constitucional, no pueden ser benévolamente asimilados a aquella definición.

Al utilizar el anglicismo, se le está concediendo a quienes auspician, propician y se favorecen con la persecución de los opositores, una ubicación significativa de estar del lado de la ley.

En la realidad, estuvieron y están fuera de la ley. Su accionar ha sido y es ilegal de principio a fin.

Aunque resulte más descriptiva esa palabra adoptada de ese modo en nuestra región, y por tanto más expresiva de lo que se quiere dar cuenta, no debe naturalizarse.

Me parece que no conviene concederles a tales exponentes estar del lado de la Ley. La palabreja tiene para su parte activa la ventaja de crear el espejismo –lo que es intencionalmente buscado y esperado por tales sujetos– de que están queriendo hacer cumplir las leyes, cuando en realidad las violan flagrantemente.

El término los esconde, no los devela. Cambia del lugar a la víctima para hacerla automáticamente y, de modo significativo, culpable; aún sin condena.

6. Conclusión

En el nombrar hay un fuerte poder. En renombrar también. La lengua española, más rica infinitamente que la inglesa, nos ofrece una oportunidad de llamar a las cosas tal cual son: se trata, se trató, de una persecución mediático-judicial a los opositores.

Lo que hoy se denomina con el término “Lawfare” en América del Sur es, simplemente, persecución mediática y judicial contra los opositores políticos en flagrante violación de las más elementales normas jurídicas.

Al contener el anglicismo un vocablo que refiere a la “ley”, da la equívoca idea de que se trata de una “guerra jurídica”; cuando la guerra, si es que la hay, es contra el imperio del Estado de Derecho. Es decir, anti-jurídica por definición, en cuanto se desarrolla violando la normativa.

El linchamiento mediático que expone una política como corrupción, busca confirmación en personeros que usurpan la función judicial, en tanto se prestan a concretar procesalmente una persecución política. El escenario así creado, con profusos ataques al principio de inocencia, atemoriza a los jueces en la aplicación correcta de la ley en tanto aquella mediatización busca crear el espejismo de que al actuar conforme a derecho se consagra la impunidad y triunfa aquella supuesta corrupción.

En ese escenario, la ley se transforma en letra muerta, el honor del político se ha tirado entonces a los perros, y las esperanzas de que se aplique verdadera justicia se desvanecen.

Por eso, es necesario llamar a las cosas por su verdadero nombre. Se trata y trató de una persecución mediático-judicial a los opositores.

Bibliografía consultada y citada

- Constitución de la nación argentina (1994). En línea en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Código Penal de la Nación argentina (1984) En línea en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>
- Código Procesal Penal Federal de la Nación Argentina (2019) En línea en: <http://www.saij.gob.ar/27063-nacional-codigo-procesal-penal-federal-to-2019-lns0006496-2019-02-07/123456789-0abc-defg-g69-46000scanyel>
- Dunlap, Charles (2017) *Introducción a la Guerra Jurídica, Manual Básico*. En línea en: <https://www.armyupress.army.mil/Journals/Edicion-Hispanoamericana/Archivo-de-articulos-exclusivos-en-linea/Archivo-de-articulos-exclusivos-en-linea-de-2017/Introduccion-a-la-guerra-juridica/>
- (2001) “Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st. Conflicts” en *Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference*. Ed. Harvard University. Washington, D.C.

Para repensar la propiedad privada

Claudio E. Guiñazú¹

Universidad Nacional de Córdoba - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 205-211

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e420>

Recibido: 01/04/2020

Aprobado: 01/08/2020

Si admitimos que es posible reconstruir un concepto laico de “lo sagrado” seguramente muchos no dudarían en adjetivar de ese modo a la propiedad, en rigor, al derecho de propiedad privada². Derecho estrechamente vinculado a la concepción liberal e individualista del sujeto acuñada en la modernidad, donde la propiedad se configuró como el presupuesto para una existencia plena y autónoma. Así, la condición de “propietario” aseguraba efectivamente al sujeto la no dependencia personal y la posibilidad de desarrollar sus capacidades e iniciativas. Se entendía que a partir de la propiedad privada el hombre deviene propietario y podía acceder a la propiedad de sí, con la consiguiente posibilidad de autodeterminarse, convirtiéndose en ciudadano³.

¹ Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Grupo de Investigación en Derechos Sociales (GIDES), CIJS-UNC. (ORCID <https://orcid.org/0000-0002-4326-2428>).

² Ya en 1766 Beccaria se refería a la “*sagrada propiedad de los bienes*”, sin perjuicio de afirmar que ni esta última ni la seguridad del comercio podrían justificar la privación de libertad de un deudor “inocente fallido”. Cfr. BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Historia del derecho, 32, Madrid, 2015, p. 73.

³ Mediante su teoría de la apropiación Locke desarrolló explícitamente esta concepción del individuo, cuando sostenía que “...es evidente que aunque las cosas de la naturaleza

Castel tildó a esta concepción de ingenua y ahistórica, entendiendo que la propiedad privada es en verdad un “soporte” para la existencia del individuo⁴. Parece entonces que cualquier propuesta para repensar la propiedad privada en las sociedades actuales debe venir acompañada -para su solidez- por una concepción del individuo que le sirva de respaldo, sustitutiva de la pergeñada en la modernidad.

La configuración moderna de la propiedad privada trasciende el interés económico individual y tiene proyecciones políticas, ocupando un lugar emblemático en las tres acepciones de la dicotomía entre las esferas de *lo público* y *lo privado*, en su delimitación y articulaciones, y en la consecuente distinción entre derecho público y privado⁵. Como se indicó, la propiedad

han sido dadas en común, el hombre (como dueño de sí mismo y propietario de su persona y de las acciones o trabajo aplicado a aquélla) poseía en sí mismo el gran fundamento de la propiedad...”. LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de Sergio Albano, Ed. Gradifco, Buenos Aires, 2005, § 44, p. 57.

⁴ “He dicho, efectivamente, que tal concepción me parecía ingenua en el sentido que era substancialista. Tratándose del individuo, ¿qué es, en efecto, lo que escuchamos constantemente en el discurso liberal o neoliberal? Que hay individuos que no piden otra cosa que expresarse como tales, para desarrollar sus capacidades e iniciativas, bloqueadas por constricciones de tipo estatal o burocrático. Será suficiente entonces liberar al individuo de esos obstáculos para que adquiera su plenitud y se vuelva entonces más productivo en el plano económico, pero también para que se realice en el plano personal. Es concebir al individuo como si estuviera dado de una vez por todas, sin depender de las condiciones sociales e históricas de existencia. En relación a -y contra- esta posición, se debe formular la hipótesis de que un individuo no existe como una substancia, y que para existir como individuo es necesario tener *soportes*, y por lo tanto debemos interrogarnos sobre lo que hay ‘detrás’ del individuo para permitirle existir como tal. Podemos explicitar esta hipótesis en dos direcciones. Por una parte, esos soportes pueden ser de diversos tipos; por otra parte, y de manera complementaria, dichos soportes, que sirven de ámbito al individuo, han variado históricamente... Locke es uno de los primeros —si no el primero— en desarrollar una teoría del individuo moderno a partir de la toma de conciencia de la necesidad, para este individuo, de apoyarse sobre el zócalo de la propiedad privada para existir”. De los comentarios de Robert Castel en las conversaciones con Claudine Haroche sobre la construcción del individuo moderno. CASTEL, Robert y HAROCHE, Claudine, *Propiedad privada, propiedad social, propiedad de sí mismo*, trad. de Alejandro Moreira, Ed. Homo Sapiens, Rosario, 2003, p. 12.

⁵ Sobre las tres acepciones de la dicotomía público/privado, ver RABOTNIKOF, Nora, “Lo público hoy: lugares, lógicas y expectativas”, en *Iconos*, N° 32, Flacso-Ecuador, Quito, Sept. 2008, pp. 37-48.

privada ha operado además como presupuesto o soporte para adquirir el status político de ciudadano, y conllevaba el poder de la autoridad *doméstica* del hombre sobre la esfera privada (familiar), y las personas a él sometidas, como mujeres, niños, ancianos, y otras personas consideradas *dependientes*⁶, cuya supervivencia resulta gobernada por la necesidad. Para éstas últimas vivir en la esfera privada equivalía a *privación*⁷. Esta dimensión de la propiedad está profundamente arraigada y se remonta hasta el derecho romano, constituyendo un “pliegue”⁸ que se ha mantenido hasta la actualidad, y se encuentra presente en la distinción entre las esferas dicotómicas entre lo público y lo privado, más allá de las transformaciones que ha experimentado.

Tal vez debido a estas profundas implicaciones políticas, económicas y culturales no abundan los autores que se han

⁶ “El espacio privado, en oposición al espacio público, era, en la tradición del siglo XIX, aquel en el cual el individuo aceptaba que su libertad fuera limitada por reglas de organización social de carácter prepolítico. Era una zona franca de la democracia, en la que se ejercían lisa y llanamente las reglas de la autoridad paterna. El espacio público, al contrario, era el lugar de la referencia común, y por consiguiente, de los principios. Por eso mismo era el lugar de la política, es decir aquél donde se definían las reglas sociales destinadas a transformar el mundo y, sustrayendo al individuo del reino de la necesidad, hacerlo advenir como ciudadano. Más: el individuo podía emanciparse tanto mejor afuera por estar sólidamente anclado en la tradición dentro del espacio doméstico; el segundo servía de palanca al primero. Semejante construcción, sin embargo, sólo funcionaba a costa del sometimiento de las mujeres. En cierta manera, la excepción a la ciudadanía impuesta a la familia, y por lo tanto a las mujeres, fue el precio pagado por la emancipación del individuo masculino: el hecho de que la estructura familiar no fuera cuestionada hizo que funcionara el pacto republicano, se acelerara la laicización de la sociedad, se desarrollara la sindicalización; en suma, que el trabajo de la democracia franqueara la etapa que conocemos”. FITOUSSI, Jean-Paul y ROSANVALLON, Pierre, *La nueva era de las desigualdades*, trad. de Horacio Pons, Ed. Manantial, Buenos Aires, 2003, p. 48.

⁷ Cfr. ARENDT, Hannah, *La condición humana*, trad. de Ramón Gil Novales, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2012, p. 67.

⁸ Es decir “una especie de sedimentación que pese a las transformaciones históricas que se han suscitado, se mantiene como un remanente de la organización política”. CHAPARRO MEDINA, Paola y BUSTOS GARCÍA, Brenda A., “El dispositivo de excepción en las sociedades contemporáneas: apuntes para reflexionar en torno al cuerpo femenino”, en *RELACES*, N° 26, Año 10, p. 37. Disponible en: www.relaces.com.ar (accedido el 03/03/20).

atrevido a desafiar el “dogma” de la propiedad privada, según su lectura liberal naturalizada, ya sea reflexionando sobre sus fundamentos, ya sea proponiendo otros principios para su regulación jurídica y legal.

En 1916 Russell cuestionó “la religión de los bienes materiales” cuando la ambición va más allá de las necesidades finitas para la subsistencia humana. Proponía entonces una distribución más justa de la propiedad de la tierra en Inglaterra, a la que calificaba de indefendible, entendiéndolo que la modificación de su regulación legal era posible en muchos aspectos “*que la familiaridad nos hace mirar como naturales e inevitables*”⁹. Distinguía cuatro orígenes de los derechos reconocidos por la ley a la propiedad privada: 1. derecho del hombre a lo que él mismo ha hecho; 2. derecho al interés sobre el capital que se ha prestado; 3. propiedad de la tierra; y 4. herencia; sosteniendo que conformaban un *crescendo* de respetabilidad, donde la forma más respetable de riqueza, cualquiera sea su forma, es la heredada¹⁰.

En el mismo decenio Duguit propuso el concepto de “función social de la propiedad”, probablemente uno de los más influyentes en el siglo XX, sosteniendo que la propiedad no es un derecho sino una función social¹¹. En esta concepción la propiedad tiene tanto límites internos como externos, a diferencia

⁹ RUSSELL, Bertrand, *Principios de reconstrucción social*, trad. de E. Torralva Beci, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1978, p. 104.

¹⁰ *Ídem*. Sostenía incluso que “la propiedad privada de la tierra no tiene justificación, no siendo la histórica de la potencia de la espada... La tierra se hizo propiedad de los que la habían conquistado y se permitió a los siervos que pagaran rentas en vez de servicios. No hay justificación para la propiedad privada de la tierra excepto en la necesidad histórica de llegar a una conciliación con los ladrones, que de otro modo no se hubieran sometido a la ley. Esta necesidad se produjo en Europa hace varios siglos... Es un ejemplo singular de la inercia humana que los hombres hayan continuado hasta ahora soportando la tiranía y la violencia que les puede infligir una pequeña minoría por el hecho de poseer la tierra. No resulta para la colectividad ninguna especie o género de bien de la propiedad privada de la tierra”. Op. cit., p. 106.

¹¹ FOSTER, Sheila y BONILLA MALDONADO, Daniel, “Introducción. La función social de la propiedad en perspectiva comparada” en BONILLA MALDONADO, Daniel (coord.) *La función social de la propiedad*, trad. de Carlos Morales, Eudeba, Buenos Aires, 2013, p. 13.

del derecho de propiedad liberal, que tiene sólo los segundos. Puesto que el propietario tiene obligaciones en relación con su cosa, no puede hacer o dejar de hacer lo que le plazca, puesto que está obligado a hacerla productiva. Así, la riqueza controlada por los propietarios debe ser puesta al servicio de la comunidad a través de su explotación económica¹². Por consiguiente, el Estado sólo está obligado a proteger la propiedad en tanto y en cuanto ésta cumpla con tal función social¹³. Esta concepción ha recibido algunas críticas¹⁴, y se apoya en una descripción de los seres humanos emplazada sobre la *solidaridad*, diferente a la concepción liberal individualista sostenida desde la modernidad¹⁵.

En “*Duguit, ¿y después? Derecho, propiedad y relaciones sociales*”¹⁶, Thomas Boccon Gibod propone una relectura actual de los aportes teóricos de León Duguit en torno a la propiedad, a la que concibe como una relación entre personas -una relación social-, antes que una relación de los hombres con las cosas. En esta relación social el derecho que se tiene sobre las cosas se encuentra asociado al “poder de hecho” que se tiene sobre las personas, en virtud de tal derecho. Introduce así el

¹² *Ídem*.

¹³ Sobre el tratamiento constitucional de la función social de la propiedad en Argentina, ver ETCHICHURY, Horacio J., “La función social de la propiedad en la Constitución argentina: Tres momentos del siglo XX”, en *Revista de Historia Constitucional*, N° 20, 2019. Disponible en: <http://www.historiaconstitucional.com>, pp. 1021-1042 (accedido el 09/04/2020).

¹⁴ Para un abordaje de las aporías y tensiones en el pensamiento de Duguit en clave historiográfica, ver PASQUALE, Florencia, “La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: Una re-lectura desde la perspectiva historiográfica”, en *Revista de Historia Constitucional*, N° 15, 2014. Disponible en: <http://www.historiaconstitucional.com>, pp. 93-111 (accedido el 08/04/2020).

¹⁵ “Para Duguit, esta forma de concebir al sujeto y la sociedad pierde de vista que la interdependencia entre las personas (que no es otra cosa que la solidaridad) es el elemento central de la realidad social. La solidaridad no es un principio político: es un hecho social”. FOSTER, Sheila y BONILLA MALDONADO, Daniel, op. cit., p. 14.

¹⁶ Publicado como “Duguit, et après? Droit, propriété et rapports sociaux” en *Revue Internationale de Droit Économique*, 2014/3 t. XXVIII, pp. 285 a 300. Disponible on line desde el 19 de febrero de 2015, consultado por última vez el 8-V-2020. URL: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-285.htm>.

fenómeno del *poder* para el análisis de la relación social que define a la propiedad, la que estaría determinada por cierto tipo de relación entre las personas. Por lo tanto, la modificación de la propiedad exigiría en primer lugar modificar estas relaciones interpersonales, para abordar luego el segundo aspecto implicado, la relación de una persona con las cosas.

Sin eludir el abordaje de las limitaciones y dificultades en las ideas de Duguit, el trabajo rescata la actualidad de tales ideas para reflexionar críticamente sobre la relación entre propiedad privada y libertad individual. A tal efecto, recorre los fundamentos de la propiedad como función social, abordando luego las tensiones e interpretaciones posibles en la teoría duguista, donde se detiene en la noción de valor, no como propiedad intrínseca de un bien -que determina su apropiación individual-, sino como el resultado de un proceso social, donde la intervención de las instituciones públicas puede jugar un rol decisivo. Así, a partir de la propiedad como función social infiere el análisis de los procesos sociales por los que un bien es reconocido como susceptible de apropiación e intercambio en el mercado.

Creemos que la intuición de Duguit de considerar las relaciones de propiedad desde el prisma de las relaciones de poder encierra un gran potencial, que ofrece múltiples direcciones de desarrollo, y resulta de utilidad para el análisis de muchos fenómenos políticos, económicos y culturales que se dan en la Argentina actual. Con todo, el trabajo de Boccon Gibod constituye un aporte valioso e interesante para abonar las reflexiones en torno a la propiedad privada en sociedades desiguales, como la nuestra, donde existen millones de personas para quienes lo privado no equivale sino a privación de bienes básicos para una existencia digna.

Bibliografía

Arendt, Hannah (2012) *La condición humana*. Editorial Paidós, Buenos Aires.

- Beccaria, Cesare (2015) *Tratado de los delitos y de las penas*. Editorial Universidad Carlos III de Madrid.
- Boccon, Thomas (2014) “Duguit, et après? Droit, propriété et rapports sociaux” en *Revue Internationale de Droit Économique*, N° 28. En línea en: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-285.htm>
- Castel, Robert y Haroche, Claudine (2003) *Propiedad privada, propiedad social, propiedad de sí mismo*. Editorial Homo Sapiens, Rosario.
- Chaparro Medina, Paola y Bustos García, Brenda (2018) “El dispositivo de excepción en las sociedades contemporáneas: apuntes para reflexionar en torno al cuerpo femenino”, en *RELACES*, N° 26, Año 10. En línea en: www.relaces.com.ar
- Etchichury Horacio (2019) “La función social de la propiedad en la Constitución argentina: Tres momentos del siglo XX”, en *Revista de Historia Constitucional*, N° 20. En línea en: <http://www.historiaconstitucional.com>
- Foster, Sheila y Bonilla Maldonado, Daniel (2013) “Introducción. La función social de la propiedad en perspectiva comparada” en *La función social de la propiedad*. Editorial Eudeba, Buenos Aires.
- Fittousi, Jean-Paul y Rosanvallon, Pierre (2003) *La nueva era de las desigualdades*. Editorial Manantial, Buenos Aires.
- Locke, John (2005) *Ensayo sobre el gobierno civil*. Editorial Gradifco. Buenos Aires.
- Pasquale Florencia (2014) “La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: Una re-lectura desde la perspectiva historiográfica”, en *Revista de Historia Constitucional*, N° 15, 2014. En línea en: <http://www.historiaconstitucional.com>
- Rabotnikof Nora (2008) “Lo público hoy: lugares, lógicas y expectativas”, en *Iconos*, N° 32, Flacso-Ecuador, Quito.
- Russel, Bertrand (1978) *Principios de reconstrucción social*. Editorial Espasa-Calpe, Madrid

Duguit, ¿y después? Derecho, propiedad y relaciones sociales¹

Duguit, and after? Law, property and social relations

Duguit, e depois? Direito, propriedade e relações sociais

Duguit, et après? Droit, propriété et relations sociales

DUGUIT (杜吉特) 然后?法律, 财产和社会关系

Thomas Boccon-Gibod²

Universidad Grenoble Alpes - Francia

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 212-235

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e421>

Recibido: 01/05/2020

Aprobado: 01/08/2020

Resumen: Presentamos aquí la famosa crítica duguista de la propiedad a partir de sus fundamentos sociológicos. Volvemos así sobre las dificultades con que se topó Duguit para defender su tesis según la cual la propiedad sería una «función social»: la exigencia de solidaridad sobre la que se supone que se funda el derecho resulta ser no tanto

¹ Artículo original «Duguit, et après? Droit, propriété et rapports sociaux», publicado en *Revue Internationale de Droit Économique*, 2014/3 t. XXVIII, pp. 285 a 300. Disponible on line desde el 19 de febrero de 2015, consultado por última vez el 8-V-2020. URL: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-285.htm>. Traducido por Claudio E. Guñazú, Profesor de Derecho Constitucional (UNC), miembro del Grupo de Investigación en Derechos Sociales (GIDES), CIJS-UNC.

² Doctor en filosofía, “*Maître de Conférences*” en filosofía del derecho en la Universidad Grenoble Alpes y miembro del IPHIG (Institut de Philosophie de Grenoble).

un hecho objetivo como una exigencia axiológica, por lo que Duguit se encuentra ante la dificultad de definir con precisión la articulación entre los hechos y los valores, que se encuentra en la base de su proyecto de refundación del derecho. Demostramos que el interés de la acción duguista reside, sin embargo, en este intento inacabado de reinscribir la noción de propiedad privada en su marco social, lo que constituye una crítica de las relaciones de poder propias de la sociedad de mercado. La originalidad de Duguit reside entonces, aún hoy, en su intento de incorporar las instituciones públicas en la crítica eficaz de tal sociedad.

Palabras clave: Duguit - propiedad - función social - valor - instituciones

Abstract: In this paper, we present the famous Duguist critique of property based on its sociological foundations. We thus return to the difficulties encountered by Duguit in defending his thesis that property would be a “social function”: the demand for solidarity on which the law is supposed to be based turns out to be not so much an objective fact as a demand axiological, for which Duguit finds himself faced with the difficulty of precisely defining the articulation between facts and values, which is at the base of his project of re-founding the law. We show that the interest of the Duguist action lies, however, in this unfinished attempt to re-inscribe the notion of private property in its social framework, which constitutes a critique of the power relations inherent to the market society. Duguit’s originality lies then, even today, in his attempt to incorporate public institutions into the effective critique of such a society.

Keywords: Duguit, property, social function, value, institutions

Resumo: Apresentamos aqui a famosa crítica duguista da propriedade a partir de seus fundamentos sociológicos. Voltamos assim sobre as dificuldades encontradas por Duguit para defender sua tese de acordo com a qual a propriedade seria uma “função social”: a exigência de solidariedade em que o direito supostamente se deve basear revela-se não tanto um facto objectivo mas uma exigência axiológica, de modo que Duguit encontra-se com a dificuldade de definir com precisão a articulação entre factos e valores, que está na base de seu projecto de refundação do direito. Demonstramos que o interesse da acção de duguista reside, no entanto, nesta tentativa inacabada de

reinscrever a noção de propriedade privada em seu quadro social, o que constitui uma crítica das relações de poder típicas da sociedade de mercado. A originalidade de Duguit reside então, ainda hoje, em sua tentativa de incorporar as instituições públicas na crítica efectiva de tal sociedade.

Palavras-chave: Duguit, propriedade, função social, valor, instituições

Résumé: Nous présentons ici la fameuse critique duguiste de la propriété basée sur ses fondements sociologiques. On revient ainsi sur les difficultés rencontrées par Duguit pour défendre sa thèse selon laquelle la propriété serait une «fonction sociale»: l'exigence de solidarité sur laquelle le droit est censé se fonder s'avère être moins un fait objectif qu'une exigence axiologique, pour lequel Duguit se trouve confronté à la difficulté de définir précisément l'articulation entre faits et valeurs, qui est à la base de son projet de refondation du droit. Nous montrons que l'intérêt de l'action duguiste réside cependant dans cette tentative inachevée de réinscrire la notion de propriété privée dans son contexte social, qui constitue une critique des rapports de force inhérents à la société de marché. L'originalité de Duguit réside alors, encore aujourd'hui, dans sa tentative d'incorporer les institutions publiques dans la critique effective d'une telle société.

Mot-clés: Duguit, propriété, fonction sociale, valeur, institutions

摘要: 我们在此介绍基于其社会学基础的著名的Duguit (杜吉特) 财产批判。因此, 我们回到杜吉特在捍卫他的论点时遇到的困难, 他的论点是财产将是一种“社会功能”: 法律应以其为基础的对团结的要求实际上并不仅仅是要求的客观事实, 价值论, 为此, Duguit (杜吉特) 面临着精确定义事实与价值之间明确表述的困难, 这是他重新建立法律的基础。我们表明, 但杜古行动的兴趣在于, 这一未完成的尝试将私有财产的概念重新纳入其社会框架, 这构成了对市场社会固有的权力关系的批评。直到今天, 杜吉特的独创性还在于他试图将公共机构纳入对这种社会的有效批判中

关键字: 杜吉特, 财产, 社会职能, 价值, 制度

Introducción

Para estudiar la propiedad y sus transformaciones, se privilegiará aquí la perspectiva según la cual esta noción designa o implica una determinada relación de los hombres entre sí, antes que una determinada relación de los hombres con las cosas. En efecto, si bien en general no caben dudas que la propiedad constituye también una determinada relación social, es muy difícil hacer abstracción de la relación con las cosas para comprender esta relación social, aún cuando reconocemos que el derecho que tenemos sobre las cosas podría no ser sino la cara más visible del poder de hecho que tenemos sobre los hombres debido a este derecho sobre las cosas. Querríamos así comprender en qué condiciones es posible considerar específica y radicalmente la propiedad bajo el ángulo del problema del *poder*, entendido como modalidad de tal relación social. La hipótesis subyacente es que, si la relación entre los hombres determina la relación que estos hombres tienen con las cosas, interesa comprender cómo modificar lo primero si queremos lograr modificar lo segundo.

Este es precisamente el interés, querríamos demostrar, del enfoque de León Duguit, célebre teórico del servicio público, así como por haber intentado concebir directamente la propiedad como una relación social, y haciendo esto, por haber intentado eliminar las dificultades a través de un trabajo sobre el concepto de norma social. Recordando rápidamente aquí los principales aspectos de esta teoría radical y alternativa de la propiedad (1.), se tratará por lo tanto, de señalar sus límites y dificultades (2.), no tanto de descalificarla, como es el caso frecuente, sino de destacar el interés que sigue teniendo desde el punto de vista de una reflexión fundamental sobre las condiciones de una crítica al dogma clásico de la relación entre propiedad privada y libertad individual. A través de la obra de León Duguit, entendida como una defensa de la tesis de las mediaciones colectivas de la apropiación individual, se tratará en suma de esclarecer la relación necesaria –cuya elaboración concreta corresponde

emprender- entre la crítica de la propiedad privada y una teoría de las instituciones públicas.

1. La propiedad función social: los fundamentos de una conceptualización original de la propiedad

1.1. Un positivismo sociológico

León Duguit (1859-1928) es uno de los publicistas franceses de inicios del siglo XX cuyos trabajos permitieron establecer los fundamentos doctrinarios del derecho administrativo, un derecho nacido históricamente, a fines del siglo XIX, del simple hecho del desarrollo del contencioso así como del activismo de su jurisdicción suprema, el Consejo de Estado. En derecho público, su nombre permaneció asociado a su defensa del concepto de servicio público, y en derecho privado, a sus ataques a la noción de propiedad; pero se trata en realidad de dos aspectos indisociables de su pensamiento. De suerte que, para poder comprender su concepción de la propiedad, es necesario pasar por sus investigaciones sobre los fundamentos generales del derecho, más allá de la distinción derecho público-derecho privado, y por tanto en una dirección más allá de la distinción entre Estado y sociedad.

En efecto, el modo en que intenta sentar las bases del derecho público puede ser calificado a la vez de positivista y sociológico³. Retomando conceptos esenciales de la ciencia social de su contemporáneo el sociólogo Émile Durkheim, él persigue, sobre el plano epistemológico, despejar el derecho de todo fundamento metafísico y proclama que aquél debe fundarse en la estructura misma de la sociedad, una estructura concebida como objetiva, independientemente de las representaciones subjetivas que de ella tienen los individuos. Pero esta posición positivista,

³ Para una comparación entre Duguit y Kelsen, ver C.M. Herrera, «Duguit et Kelsen: la théorie juridique, de l'épistémologie au politique», en O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La Science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 325-345.

antimetafísica, tiene inmediatamente también implicaciones sobre el plano axiológico (o político) ya que va en contra del dogma liberal de la libertad como característica puramente individual.

Estrictamente hablando, su oponente es por tanto menos la propiedad individual que, ante todo, el atomismo individualista de las teorías liberales modernas de las que constituye su justificación fundamental. Al hacerlo, Duguit busca pues, no sólo elaborar una concepción racional y científica del derecho, sino igualmente socavar los fundamentos de legitimidad de los gobiernos modernos, reemplazando, en el origen del fundamento de las decisiones públicas, la voluntad individual por la “solidaridad social”. Su tesis es que la objetividad de la interdependencia social se manifiesta en esencia en la regla de derecho, una regla objetiva que, por esta razón, no puede ser objeto más que de una pura y simple “constatación”⁴ por los gobernantes encargados de ponerla en práctica.

El objeto fundamental de la teoría duguista es pues el conjunto de las relaciones de poder interindividuales. Profundamente realista, Duguit considera el ideal de igualdad como una quimera y ratifica el hecho de la desigualdad social de las fuerzas, lo que lo conduce entre otras cosas, y especialmente, a criticar el mito de la soberanía popular y a defender, contra el sufragio universal, el procedimiento de “voto plural”, que daría más peso a cada uno según su valor o su dignidad social⁵. Simplemente, el poder que algunos ejercen sobre otros debe, según él, encontrar su fundamento y su finalidad en la interdependencia de todos⁶. Es a partir de esta teoría del poder fundada sobre

⁴ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, A. Fontemoing, 1901, p. 422: «La legislación en fin es el acto por el cual los gobernantes constatan una regla de derecho objetiva».

⁵ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, 2ª ed., Paris, de Boccard, 1921, §§ 36-38, p. 451 ss. Repárese que esta misma posición había sido defendida por un liberal moderado como John Stuart Mill: ver J.S. Mill, *Considérations sur le gouvernement représentatif*, Paris, Gallimard, 2009, pp. 157-165.

⁶ Es también la razón por la cual la operación electoral, siendo menos un derecho individual que una función social, debería según él ser obligatoria. Ver L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, A. Fontemoing, 1903, p. 123: «El votante tiene un deber objetivo porque

la norma de la solidaridad social que él desarrolla un análisis de las categorías fundamentales de su ejercicio.

1.2. *¿Transformación del derecho y fin de la propiedad?*

Desde entonces, en *Las Transformaciones del derecho privado* (1911) y *Las Transformaciones del derecho público* (1913), Duguit ataca alternativamente los dos conceptos centrales de la modernidad política que son, según él, la propiedad privada y la soberanía⁷. En *Las Transformaciones del derecho privado* Duguit ataca la propiedad privada como vertiente materialista del individualismo, demostrando que es la evolución misma del derecho la que indica que es necesario refundarla. El centro de su reflexión reside en la idea que la propiedad no consiste en un derecho individual, sino dentro de las necesidades colectivas. No se trata de una apología del colectivismo: Duguit entiende simplemente revelar la dimensión intrínsecamente colectiva de la propiedad, la cual no es, según él, un derecho individual “inviolable y sagrado” (en los términos de la Declaración de 1789), sino al contrario una “función social” -como el derecho al voto- tal como lo había analizado algunos años antes. Este funcionalismo parece denotar un holismo aún más radical que el de Durkheim, señalado a veces como el padre del funcionalismo en sociología, pero que sin embargo no apoyaba su defensa de una regulación centralizada de lo social, hasta el punto de recalificar los derechos individuales como funciones objetivas, socialmente determinadas⁸. Dicho esto, en definitiva, para el profesor de Bordeaux se trata menos de negar la propiedad que de encontrarle nuevos fundamentos, matiz sin duda decisivo como se verá.

está amarrado, como todo hombre, en los lazos de la solidaridad social. Esta obligación es incluso anterior a la ley positiva, que no es imperativa sino porque se la constata y se la sanciona».

⁷ L. Duguit, *Les Transformations du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, La Mémoire du droit, 1999 [1911]; *Les Transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1925 [1913].

⁸ É. Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 2007 [1893].

En un nuevo ejemplo de la superación necesaria de la separación entre derecho privado y derecho público, Duguit desarrolla esta crítica en *Las Transformaciones del derecho público*, tomando esencialmente por objeto la noción de soberanía. Él remonta la genealogía de esta última hasta la omnipotencia del padre de familia romano sobre su hogar, el *dominium*, el que habría dado nacimiento, por extensión, al *imperium* político, es decir a una forma de omnipotencia del monarca sobre el conjunto de sus conciudadanos que habría de desarrollarse nuevamente, muchos siglos más tarde, bajo la forma de la monarquía absoluta francesa. De suerte que para Duguit la soberanía está anclada en última instancia en el derecho de propiedad: son las dos caras de la creencia en la independencia del individuo frente a los otros, tipificada en el mito moderno de Robinson⁹. Desde este punto de vista, la soberanía no puede por lo tanto designar otra cosa que la idea, escandalosa e injustificable, de una voluntad que no estaría ligada por nada más que ella misma, que estaría pues en ella misma su propio origen, y no tendría frente a otras voluntades más que derechos y ningún deber¹⁰. Y porque ella no reposa más que sobre un fantasma, la teoría política que quería conciliar libertad individual y soberanía aparece entonces como totalmente contradictoria. La soberanía es por lo tanto la expresión, no material sino propiamente institucional del individualismo, que una vez más sólo puede ser una justificación vacía de una relación de fuerzas. *A contrario*, el descubrimiento de la interdependencia social opera

⁹ «Robinson en su isla no tiene derechos», se gritará, en lo que podría parecer un eco de las famosas críticas de Marx sobre las «robinsonadas» de la economía política moderna. Ver L. Duguit, *Souveraineté et liberté*, Paris, Félix Alcan, 1922, p. 138. Para un retorno reciente sobre esta figura de Robinson en el discurso antropológico moderno, ver R. Chappé et P. Crétois (dir.), *L'Homme présupposé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2014, 1re partie: «Le présupposé anthropologique de la robinsonnade».

¹⁰ L. Duguit, *Souveraineté et liberté*, *op. cit.*, p. 83: «La soberanía es una voluntad, pero una voluntad que tiene este carácter propio, y propio de ella sola, de no determinarse más que por ella misma, una voluntad que tiene la competencia de su competencia, que es en consecuencia independiente de toda otra voluntad, una voluntad que tiene derechos pero no deberes, una voluntad que interviene siempre como voluntad dominante».

aquí todavía como un indicador del concepto más amplio de *servicio* como verdadero criterio de justificación del ejercicio del poder. El Estado no es una persona moral autónoma e independiente, sino simplemente una “fuerza regulada y limitada por el derecho”. Por tal razón, para reemplazar la teoría clásica de la soberanía como fundamento del derecho público, Duguit propone la noción de *servicio público*, que se había utilizado durante un tiempo para definir el ámbito de aplicación del derecho administrativo¹¹.

Como vemos, este republicanismo, por muy radical que se presente, no es ni un socialismo ni un igualitarismo, Duguit no pretende en modo alguno negar el hecho infranqueable de la desigualdad social, que es la fuente de la jerarquía material, o de poder, entre la minoría gobernante y la mayoría gobernada¹². Apuntar a la interdependencia social no es, por lo tanto, buscar la igualación de las condiciones, sino simplemente fundar las obligaciones jurídicas de los individuos particulares en la profunda solidaridad entre estos mismos individuos.

En particular, no se trata en absoluto de sustituir la propiedad privada individual por una propiedad colectiva, ni tampoco por la propiedad pública. Así, en el caso de Duguit, el patrimonio público ingresa en la teoría del Estado de Servicio Público de manera bastante secundaria, bajo la forma de un recurso destinado a reparar un daño causado a un particular, mediante una acción por exceso de poder formulada por este particular contra la administración.

Es oportuno recordar que no fue ni Duguit, ni tampoco la Escuela llamada del Servicio público, que se identificaba con este último, quienes proporcionaron los instrumentos conceptuales de las primeras olas de nacionalizaciones, en

¹¹ Voir J. Rivero, «Maurice Hauriou et l'avènement de la notion de service public», en *L'Évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956.

¹² Ver, para más precisiones sobre este punto, J.-M. Blanquer et M. Milet, «Les idées politiques de Léon Duguit», en F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

tiempos del Frente popular y de la Liberación, respectivamente (1936 y 1945)¹³. Estas últimas se efectuaron, de hecho, de manera ampliamente pragmática, por fuera de todo marco teórico e incluso ideológico realmente estructurado, así lo indica por ejemplo la reticencia inicial del Partido comunista francés al respecto¹⁴. La justificación que se puede encontrar en el preámbulo de la Constitución de 1946, que sigue siendo famosa al respecto, parece por su parte tan ambiciosa como vaga. Cuando, en su artículo 9, dice: «Todo bien, toda empresa, cuya explotación posea o adquiera los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe pasar a ser propiedad de la colectividad», son así puestos sobre un mismo plano una característica teórica, el servicio público, y una constatación puramente empírica, la situación monopólica, lo que es en sí totalmente ajeno al pensamiento duguista. De igual modo, si los trabajos de la Escuela del Servicio público se concentraron en las modalidades de funcionamiento orgánicas de la acción pública, la cuestión de la apropiación colectiva le ha resultado ajena.

De hecho, y para recordar al propio Duguit, la propiedad pública, de manera general, no debe ser concebida sobre la base de la personalidad del Estado (la que constituye un principio eminentemente subjetivo), sino sobre aquélla (objetiva) de la afectación de los bienes. Así, como lo destaca un lector reciente «el régimen de los bienes deriva de una verdadera escala de dominialidad que indica el vínculo que estos bienes mantienen con el propósito del patrimonio que los contiene»¹⁵. Dicho de

¹³ Sobre la distinción, ver la oposición entre las tesis duguistas y la Escuela del Servicio público, reagrupada alrededor de Gastón Jèze, ver O. Beaud, «Duguit, l'État et la reconstruction du droit constitutionnel français», en F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, op. cit., pp. 29-55.

¹⁴ Para un análisis reciente de la historia de las nacionalizaciones, ver T. Perroud, *La Fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, tesis para el doctorado en derecho público, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2011, t. I, p. 100.

¹⁵ M. Xifaras, «Le Code hors du Code. Le cas de la "transposition" de la propriété au droit administratif», *Droits*, 2006, n° 42, p. 67. Este autor llega incluso a sostener la idea,

otro modo, el marco de referencia sigue siendo en última instancia la solidaridad social, considerada simplemente bajo la forma de *funciones*, o aún de *objetivos*, de *finalidades* de las diversas acciones o fenómenos sociales.

2. Tensiones de la teoría e interpretaciones posibles

2.1. La primacía de la conciencia individual: un cuestionamiento del sociologismo

Sin embargo, pese a la impresionante coherencia de esta construcción, la articulación entre el hecho y la norma sobre la que está fundada sigue siendo nada menos que problemática. ¿Cuáles son exactamente las funciones sociales? ¿Sobre todo, quién las determina, y cómo? Duguit deja deliberadamente sin respuesta estas preguntas, no obstante decisivas: él se conforma con inferir los principios y parece dejar estas cuestiones a la Historia, es decir, en suma, a nadie¹⁶. Y pese a ello, parece poco a poco encaminado a modificar su teoría inicial de la constatación objetiva de la regla de derecho para dar lugar a factores de orden a la vez psicológico y moral. Más que por las relaciones económicas objetivas, afirma unos años después de *Las Transformaciones del derecho privado*, la regla de derecho se reconoce en efecto por la emoción que su violación despierta en la opinión pública, por tanto, en las reacciones subjetivas a aquélla. La sociedad se vuelve entonces más una cámara de resonancia de las emociones individuales que un mecanismo de afectación de recursos y redistribución de los bienes para salvaguardar el conjunto.

De hecho, *Las Transformaciones del derecho público* revelaban, desde 1913, esta inflexión del pensamiento del profesor bordelés hacia un subjetivismo que se hará cada vez más

ciertamente paradójica, de que es «arriesgado» clasificar a Duguit entre los oponentes de la propiedad privada individual (*ibid.*, note 2).

¹⁶ «Hay algo aquí esencialmente variable, evolutivo a primera vista», afirma sobre la cuestión de la gestión monopólica de los servicios públicos por los gobernantes; ver L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, de Boccard, 1923, p. 74.

marcado, haciendo de la regla de derecho el objeto no ya de una constatación racional, sino de una creencia psicológica (si bien siempre necesaria e imperativa): «El derecho, en una palabra, es una creación psicológica de la sociedad, determinada por necesidades de orden material, intelectual y moral¹⁷». Duguit amplía entonces el campo de sus referencias enmarcando sus reflexiones en los caracteres universales de la justicia enunciados por Aristóteles y retomados por Tomás de Aquino.

Con esta inflexión, la referencia a la objetividad de las estructuras de solidaridad social permanece vigente, pero a partir de ahora ella misma está asentada sobre una revelación íntima en el seno de la conciencia individual: «Es el estado de conciencia [...] que es finalmente la fuente creativa del derecho¹⁸». En el seno de esta conciencia subjetiva, distingue así un «sentimiento de socialidad», que constituye la fuente de sanción por el grupo de las conductas desviadas (la que es necesario por lo tanto presumir unánime), y el «sentimiento de justicia», el cual es «un elemento permanente de la naturaleza humana», y que es para el individuo la «prolongación» del «sentimiento de su yo»¹⁹. El positivismo jurídico-sociológico parece así deslizarse hacia una verdadera filosofía moral que no se apoyaría más que secundariamente sobre las realidades socio-económicas, pero tomaría por momentos rasgos casi místicos²⁰. Así, la «justicia distributiva»

¹⁷ *Ibid.*, p. 45. Ver también esta recuperación de Rousseau –autor que sin embargo él había criticado duramente por su individualismo– en *Souveraineté et liberté* (un texto originado en una serie de conferencias en las que Duguit pretendía efectuar un balance moral de la Primera Guerra mundial): «Lo que hace a una nación es la existencia de una conciencia común, siguiendo la expresión de J.J. Rousseau, la existencia de un yo común, y también la búsqueda del ideal común relacionado a la posesión de un determinado territorio», L. Duguit, *Souveraineté et liberté*, *op. cit.*, p. 43. Duguit, en este texto, intenta así dar sentido a la idea de nación, como amor a la patria vinculado a la figura de un determinado territorio, desligándola del concepto de soberanía. De tal modo, el Rousseau que presenta parece haber sido influenciado por Ernest Renan.

¹⁸ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, *op. cit.*, p. 45.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 49-50.

²⁰ Esta es la interpretación más racional que parece fundada en proponer una fórmula tal como: «Esta doctrina ha encontrado numerosas objeciones. Poco me importa. Yo establezco

aparece clásicamente definida como caracterizando las relaciones «de la parte en el todo», igualando bienes y honores de manera proporcional a los servicios y funciones prestados a la comunidad, mientras que la «justicia conmutativa», que califica los vínculos «de parte a parte», es definida por su parte como el «fundamento de la solidaridad por la división del trabajo»²¹.

Tal referencia, por tradicional que pueda parecer, constituye no obstante una cierta inflexión «socializante» respecto de la interpretación corriente (y compatible con el individualismo liberal) según la cual esta justicia conmutativa, también llamada «aritmética», o aun «correctiva», caracterizaría esencialmente las relaciones puramente privadas o contractuales: para Duguit es la interdependencia social la que protege de hecho. Asimismo, como vemos, la sociedad entera está aún presente en sus miembros, al menos en principio, incluso cuando tratan de parte a parte: es siempre su buen funcionamiento global lo que está aquí en juego. La referencia a santo Tomás indica pues simplemente, en suma, que Duguit, obligado a apelar a la conciencia individual, es llevado a apoyar su objetivismo sociológico en un conjunto de categorías más abstractas y más generales para evitar disolver el sentimiento de justicia en el subjetivismo perspectivista que siempre combatió. Esto confirma, si fuera necesario, el hecho de que su oponente, desde el principio, es menos el subjetivismo jurídico que el individualismo liberal, el cual, haciendo abstracción de las relaciones sociales, ve en la sola relación del individuo con las cosas el *alfa* y el *omega* de la libertad política, sin preocuparse de los efectos de la violencia de la que es portadora esta abstracción. Sin embargo, el alcance de la referencia sociológica a las funciones sociales, y la determinación de estas últimas, aún no están claros.

la regla de derecho; lo afirmo como un postulado inquebrantable», L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, *op. cit.*, p. 111.

²¹ *Ibid.*, pp. 52-53. La referencia citada por Duguit es santo Tomás de Aquino, *Somme théologique*, IIa IIae, q. 58, art. 8, et q. 59, art. 1 et 2. Ver igualmente Aristóteles, *Éthique à Nicomaque*, V, ch. 5-7, 1130 b 30-1132 b 20.

No menos lamentable, este desplazamiento hacia la subjetividad individual tiene igualmente consecuencias sobre la concepción duguista del Estado, que tiende finalmente a resurgir como una instancia tutelar por encima de las voluntades individuales, en contradicción con la concepción de un Estado reducido, según otra fórmula famosa, a una pura «cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes»²². No es imposible, así, que esta ambigüedad constituyera la brecha que aprovecharon después los miembros de la Escuela del Servicio público, que, concentrándose en los caracteres orgánicos de este último, contribuyeron a estatizar lo que para Duguit constituía un principio general válido tanto para el derecho privado como para el derecho público²³.

Así, en definitiva, del hecho de sus inconsistencias profundas, ya sea para la propiedad como para las instituciones públicas, la gran maquinaria duguista es con frecuencia considerada como una pura y simple pantalla ideológica, cuya significación objetiva bien podría ser la legitimación del orden instituido en los comienzos de la III^a República, cuando no la elaboración de una reacción antiparlamentaria alimentada por la búsqueda de reconocimiento simbólico de algunos notables provinciales²⁴. Empero, parece necesario destacar que la intuición duguista de considerar las relaciones de propiedad desde el ángulo de las relaciones de poder, sometiendo estas relaciones de poder a una norma común, a la vez social y moral, sigue siendo no

²² L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, *op. cit.*, pp. 71-72. Es una de las principales críticas que formula al respecto É. Pisier en su estudio *Le Service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972, p. 289.

²³ Como lamenta Olivier Beaud («Duguit, l'État et la reconstruction du droit constitutionnel français», *loc. cit.*), sin quizás informar suficientemente las derivaciones que él deplora de las dificultades del propio Duguit; ver sin embargo los matices aportados desde entonces en su juicio sobre Jèze, *ibid.*, «L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique?», *Jus politicum. Revue de droit politique* décembre 2013, n° 11, <http://www.juspoliticum.com/L-œuvre-de-Gaston-Jeze-signifie-t.html> (consultado el 29 de octubre de 2014).

²⁴ Ver sobre este punto, G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011.

obstante portadora de una radicalidad que, sin duda, no es sólo teórica.

2.2. Más allá de la propiedad: la crítica del valor de mercado

De hecho, la idea de que la apropiación individual debe ser objeto de una cualificación social, ciertamente ha parecido muy radical a sus contemporáneos, y el funcionalismo de Duguit puede en efecto parecer desmesurado en la medida en que parece subordinar totalmente la libertad individual a una pura determinación social. No obstante, en Duguit este holismo no conduce ni a una teoría del gobierno de los sociólogos expertos (como parece ser a veces el caso de Durkheim), ni tampoco a una teoría del gobierno de los jueces; más ciertamente sin duda -y a lo sumo- a una teoría del magisterio de los profesores de derecho, que se ocupa de denunciar de ahora en adelante la sociología crítica de este último²⁵.

No obstante, si se presta mayor atención a Duguit, se podrá decir entonces que él, en el momento en que parece hundirse en la incoherencia de la contradicción entre los fundamentos subjetivo y objetivo de la regla de derecho, no es más que la víctima de su ambición por formular la exigencia de justicia, que es propiamente moral, sobre la base de relaciones de poder objetivadas y racionalizadas. Él demuestra así de hecho que, contrariamente a los propios dogmas racionalistas, en particular, a la economía política moderna, que desde el siglo XIX se impuso como la principal ciencia de gobierno de las sociedades occidentales, la realidad social no puede ser aprehendida únicamente de manera objetiva como en las ciencias naturales, sino que es -primero y ante todo- objeto de juicios de valor²⁶. Así pues, las ciencias sociales no están exentas de tensiones resultantes de debates morales y políticos, y por lo

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Para una revisión crítica de la historia de la separación entre ciencias naturales y ciencias humanas, ver, B. Latour, *Nous n'avons jamais été modernes*, Paris, La Découverte, 2005 [1997].

tanto no susceptibles de ser resueltas por una simple reflexión epistemológica²⁷. Pero sobre todo, él también demuestra de hecho que estos juicios morales deben formularse, a partir de ahora, en el lenguaje de las ciencias sociales, generando entonces cierta subversión de las categorías fundamentales de estas últimas.

Podríamos en este caso ampliar la intuición de Duguit sobre la dimensión estrictamente social de la propiedad a la manera de ciertos economistas heterodoxos contemporáneos que, en lugar de criticar los fundamentos jurídicos de la propiedad, se interesan por el modo en que es movilizada en los intercambios mercantiles. Como sabemos, a la luz de Durkheim entre otros, aquéllos consideran que los mercados no son lugares de intercambios naturales y axiológicamente neutros entre bienes y servicios que son intrínsecamente portadores de valor para sus diferentes propietarios, sino precisamente como instancias de valoración de estas mismas mercancías²⁸.

El corazón del problema, para un economista heterodoxo como André Orléan, parece ser entonces la estructuración de estas instancias sociales para la valoración de los bienes. Esto conduce a considerar el valor de un bien (el supuesto fundamento de su valor de mercado, y que justificaría su apropiación pública o privada), no como una propiedad natural del bien, sino como el producto de una relación social –o «convención»– determinada en gran medida por comportamientos puramente

²⁷ Tal afirmación presupone una serie de tesis que es imposible comenzar a discutir aquí, sobre el problema de la racionalidad de los juicios de valor. Sin llegar a sostener una forma de decisionismo maximalista que desearía que los valores no sufran ninguna forma de apreciación racional, podemos simplemente señalar que la discusión epistemológica en ciencias sociales, aunque sin duda no puede decidir directamente sobre cuestiones axiológicas, puede sin embargo arrojar luz sobre ellas, y eventualmente, por este medio, transformarlas. Nos alineamos en este punto con la opinión de Albert Hirschman que sugería que la historia de las ideas, si bien no puede zanjar directamente el debate político, puede al menos «mejorarlo». Ver A.O. Hirschman, *Les Passions et les intérêts*, Paris, PUF, 2005 [1980], p. 121.

²⁸ Ver especialmente A. Orléan, *L'Empire de la valeur. Refonder l'économie*, Paris, Seuil, 2011, ch. V, p. 199 ss. (para la referencia a Durkheim).

miméticos²⁹. Orléan concluye, de manera explícitamente contraria a los dogmas ultraliberales preconizados desde los años ochenta, que los mercados financieros supuestamente «autorregulados» no deberían quedar librados a sus propios medios, so pena de asistir a fenómenos aberrantes y catastróficos de especulación descontrolada³⁰.

Sin entrar en más detalles de un problema que no es objeto inmediato del presente trabajo, podemos ver en este análisis una extensión del aspecto más objetivista de la crítica duguista de la propiedad, en la medida en que la dimensión moral está todavía situada en segundo plano, tras una reflexión esencialmente funcionalista sobre la estructuración de las interacciones individuales dentro de sociedades determinadas³¹. El reconocimiento de la noción de valor es aquí indiscutiblemente mucho más crítico y preciso que la vaga «constatación» de la norma social, invocada por Duguit en sus primeros estudios sobre el Estado y la ley positiva; sin embargo, la articulación entre la crítica del valor de mercado y el ideal moral de justicia se encuentra aquí disminuida en nombre de una evaluación rigurosa e imparcial -en una palabra, científica- del funcionamiento de los mercados. Tal crítica de la noción de valor tiene un aspecto inacabado, sin vínculo claro con una teoría de la organización social legítima: para decirlo de otro modo, la crítica de la economía política no encuentra aquí una teoría del Estado ni de la democracia, como era la ambición de Duguit, quien para hacer esto, lo hemos visto, llegaría hasta reivindicar de manera casi mística la pura singularidad de su apego a la regla de derecho como expresión de la solidaridad social³².

²⁹ *Ibid.*, ch. II. El modelo mimético utilizado por A. Orléan es el del antropólogo René Girard.

³⁰ *Ibid.*, tercera parte.

³¹ Sabemos que la Escuela de la Regulación, históricamente surgida, en parte al menos, de las estructuras gubernamentales del Estado francés, prefirió explícitamente los estudios monográficos por países o por zonas económicas a los tratados generalistas de ciencia económica, suscribiendo así una concepción de la ciencia económica relativamente libre del cientificismo y el universalismo atribuidos a la economía neoclásica estándar.

³² Uno de los límites del enfoque de Orléan, en su crítica del sustancialismo objetivo de la concepción neoclásica del valor, es que no tiene en cuenta la teoría subjetivista y

2.3. *Propiedad y valor de mercado: el rol de las instituciones públicas*

Sin embargo, parece que esta intuición, según la cual la propiedad no tiene más significación que para una sociedad históricamente determinada, podría tener un alcance todavía más profundo, en la medida en que pone en tela de juicio la noción misma de bien natural apropiable, es decir de mercancía. En otras palabras, si el valor de una cosa debe ser entendido no como una propiedad intrínseca de esa cosa, sino como el resultado de un proceso social de valorización, es porque existe la posibilidad lógica de que ciertas cosas sean inapropiables en razón de la imposibilidad misma de asignarles un valor.

No se trata, en este sentido, de definir cuáles serían estas cosas que milagrosamente escaparían por naturaleza a la economía capitalista: al contrario, sabemos muy bien que nada podría escapar de ella por principio, la historia del capitalismo puede leerse como la historia de la extensión del dominio de la mercancía, hasta el propio «capital humano». Se trata, más bien, de destacar que la posibilidad misma de valorización supone, como primer correlato *lógico*, la categoría de lo inapreciable; y por lo tanto, del mismo modo, que la categoría de bien apropiable supone formalmente la de bien inapropiable³³. Criticar la propiedad en nombre de su dimensión social remite entonces a los límites mismos de proceso social de valorización de los bienes, y a la dimensión profundamente arbitraria en sí misma de los juegos de valorización en los que nuestras vidas se encuentran comprometidas a través de nuestra participación en la economía de mercado.

perspectivista del valor de mercado, tal como ha sido desarrollada por los miembros de la Escuela de Economía Austríaca, en particular F.A. Hayek. (ver *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF, 2007, ch. 10, p. 545 ss.). En efecto, el autor se ha defendido de un modo que puede juzgarse insuficientemente convincente: ver «Le néo-libéralisme entre théorie et pratique», *Les Cahiers philosophiques*, 2013/2, n° 133, pp. 9-20.

³³ Para una reflexión similar, ver J.-M. Harribey, *La Richesse, la valeur et l'inestimable*, Paris, Les Liens qui Libèrent, 2013.

La concepción de una propiedad determinada únicamente por su función social –para retomar las categorías duguistas- conduce entonces, muy concretamente, al examen de los procedimientos sociales por los que un bien o un conjunto de bienes es reconocido como susceptible de ser apropiado a fin de ser intercambiado. ¿En qué condiciones sociales un bien puede ser reconocido como dotado de valor de mercado, y por lo tanto como un bien *apropiable*, es decir, como el fundamento para la existencia misma de un mercado?

Un acontecimiento reciente parece ofrecer una ilustración esclarecedora al respecto: la destrucción pública, al pie de la Torre Eiffel, por las autoridades francesas en febrero de 2014, de tres toneladas de marfil ilegal, incluyendo 800 kilos de objetos trabajados y 2,2 toneladas de colmillos de elefante «en bruto». Constituyó la primera operación europea, pero no fue algo sin precedentes a nivel mundial, tampoco permaneció sin consecuencias: desde entonces, el 15 de mayo de 2014, las autoridades de Hong Kong procedieron a la destrucción «record» de casi treinta toneladas de marfil.

A primera vista, tal gesto parece bastante abierto a la interpretación en el marco conceptual del liberalismo económico: en la medida en que se trata de un comercio prohibido, contra- viene el marco jurídico del Estado de derecho, que un pensador como Hayek ha demostrado claramente que es una disciplina moral beneficiosa, la condición «civilizatoria», de la economía de mercado³⁴. Recordemos en efecto que para Hayek -cuya síntesis excepcionalmente acabada entre teoría económica y teoría política no siempre parece suficientemente resaltada, al tiempo que este carácter único lo hace un oponente de talla para la reflexión crítica- el derecho y las instituciones públicas son partes interesadas del orden social legítimo, a título de *condición negativa* para el advenimiento de la organización espontánea de los individuos en torno a la competencia del

³⁴ F.A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, op. cit., ch. 8.

mercado³⁵. No obstante, el tipo de reglas negativas que Hayek tenía en miras se refería más a la disciplina de mercado (evitar los fraudes y otros abusos como el uso de información privilegiada) que a la restricción del imperio del mercado en nombre de principios que consideran la inscripción de la acción humana en su entorno natural.

Por consiguiente, una aproximación más minuciosa, y probablemente más honesta, permite ver aquí una manifestación performativa del carácter social último de la noción misma de mercancía. Aunque, claramente, no se trata de una simple comunicación de un mensaje o de una información. Si tal fuera el caso, en efecto, podríamos ver aquí no más que una operación puramente utilitaria: destruyendo la reserva de marfil, las autoridades indicarían a los traficantes que no tengan expectativas del levantamiento de la suspensión que prohíbe su comercio³⁶. Sin embargo, bajo un punto de vista etnológico, este gesto parece tener un significado muy diferente, que estaríamos tentados de calificar de sacrificio, si no fuera muy sospechoso ver aquí una especie de vocación expiatoria hacia los elefantes masacrados, y que en todo caso tal gesto resultaría inútil si no se tomaran medidas más operativas en las fronteras y sobre el territorio para detener el tráfico internacional de marfil, de hecho actualmente en pleno auge. Aunque no es un sacrificio estrictamente hablando, este gesto tiene, sin embargo, una indudable dimensión performativa y simbólica: se trata en efecto de

³⁵ Nos permitimos reenviar sobre este punto a nuestro estudio: *Autorité et démocratie. L'exercice du pouvoir dans les sociétés modernes*, préf. É. Balibar, Paris, Institut Varenne/LGDJ, 2014, ch. 10, p. 424 ss.

³⁶ Según este punto de vista, tal acción podría incluso resultar contraproducente ya que, al destruir las reservas de marfil ilegal y, por lo tanto, haciendo escasa la oferta disponible a largo plazo, contribuiríamos directamente a hacer subir el valor del recurso aún existente (elefantes silvestres), incitando así a los traficantes a intensificar la explotación de este mismo recurso. Esto sería sin duda prestarse los gobernantes a una ingenuidad culpable, lo que, por lo demás, es cosa corriente en los razonamientos propios del liberalismo económico, que tienden a interpretar el problema de la limitación del poder de los mercados esencialmente como un problema de organización de estos mismos mercados (mediante mecanismos de incentivo destinados a los productores y consumidores).

negar a estos objetos la posibilidad misma de ser considerados dignos de apropiación, y esto, a pesar de las apariencias (a saber, el trabajo al que se han sometido algunas de estas defensas). De hecho, Kenia había comenzado tales destrucciones poco antes de la suspensión internacional sobre el comercio de marfil instaurada en 1989: se trataba entonces de ayudar a justificar esta suspensión, poniendo fin a la apropiación comercial de estas piezas de animales.

Es así que Nicolas Hulot, una personalidad invitada por el Presidente de la República junto al entonces Ministro de Medio Ambiente, pudo declarar en el lugar: «Decimos con este gesto que el marfil ya no tiene valor»³⁷. Tal negación puede ser calificada de performativa en la medida en que produce las condiciones mismas de su inteligibilidad; lo que ilustra el hecho que el valor de mercado y la propiedad son *instituciones sociales*, y que el valor de las cosas puede ser determinado por un trabajo propiamente *simbólico* (pero no sin un *efecto real*) en el que las instituciones públicas juegan un rol decisivo. Esta versión antropológica, antes que estrictamente sociológica, parece así constituir la interpretación más convincente y más profunda de la que sería susceptible la intuición duguista de las mediaciones sociales de la propiedad.

Conclusión

A modo de conclusión, quisiéramos intentar generalizar esta reflexión volviendo a una intuición fundamental de esta conceptualización alternativa de la propiedad, a saber, la reflexión sobre las relaciones de poder como condición previa a la reflexión sobre la relación con las cosas.

Evidentemente, la radicalidad de esta intuición le confiere un cierto poder de seducción. Sin embargo, si nos contentamos

³⁷ Citado en *Le Monde*, 6 de febrero de 2014, disponible en línea: http://www.lemonde.fr/planete/article/2014/02/06/face-a-la-flambee-du-traffic-international-la-france-detruit-si-stock-d-ivoire-illegal_4361021_3244.html (consultado el 29 de octubre de 2014).

con decir que las representaciones que hacemos de la realidad son insuficientes y distorsionadas en relación con la «realidad profunda» de las relaciones sociales, en definitiva que son ideológicas, corremos el riesgo de hundirnos en una forma de confusión tanto epistémica como axiológica. Es la impresión que muchos pueden sentir respecto de pensadores como Marx, Foucault o aún Maquiavelo, que pasan por teóricos del poder y cuya interpretación no resulta siempre fácil. Para evitar este riesgo, si queremos continuar fundando su reflexión sobre las relaciones de poder y evitar así sucumbir al fetichismo de la mercancía, existe la gran tentación de reducirlas a un conjunto más o menos mecánico, denominado «relaciones sociales», o aún «interdependencia social», como intentó hacer Duguit precisamente al inicio de su carrera. Es también un vicio en el que han caído muchos comentaristas de Marx, para quienes las relaciones sociales parecen a veces reducirse a las leyes de desarrollo de las fuerzas productivas³⁸. Entre el sistematismo objetivista, incluso cosificador, y la confusión pura y simple causada por una fascinación un tanto ingenua por las «relaciones de poder» desprovistas de toda referencia teórica o normativa, una cierta preocupación por el realismo conduce, pues, a clarificar el status y el rol de las *instituciones*, en particular las instituciones públicas, en la determinación de las relaciones de los hombres entre sí y con las cosas. Dicho de otro modo, para operar sobre la propiedad y transformarla, convendría no interesarse únicamente por la estructura de los bienes, ni tampoco por la de los intercambios, sino tener en cuenta también sus condiciones sociales de existencia, es decir, el juego, propiamente simbólico, que los individuos juegan en y con el conjunto de las instituciones sociales³⁹.

³⁸ Este es un punto sobre el que se focalizó en los últimos años el llamado movimiento de «crítica radical del valor». Ver M. Postone, *Temps, travail et domination sociale*, Paris, Mille et une nuits, 2009; A. Jappe, *Les aventures de la marchandise. Pour une nouvelle critique de la valeur*, Paris, Denoël, 2003, y más recientemente É. Martin, M. Ouellet (dir.), *La Tyrannie de la valeur*, Paris, Écosociété, 2014.

³⁹ Nos permitimos reenviar nuevamente a nuestra obra precitada para más desarrollos sobre el concepto de institución al que se hizo referencia aquí (*Autorité et démocratie*, op. cit., ch. 5 et 7).

Por lo tanto, es también a la realidad particular de las instituciones (el mercado, la administración, el gobierno, etc.) a la que debe orientarse el esfuerzo de definición normativa, a fin de evitar que la acción política se reduzca a un cara a cara, tan desesperante como estéril, entre la fuerza y la moral.

Bibliografía

- Aristóteles (1978) *Ética a Nicómano*. Ed. Aguilar, Buenos Aires.
- Beaud, Olivier (2011) “Duguit, l’État et la reconstruction du droit constitutionnel français”, en F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*. Ed. Bruylant, Bruselas.
- Blanquer Jean Michel y Milet, Maurice (2011) “Les idées politiques de Léon Duguit”, en F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*. Ed. Bruyant, Bruselas.
- Boccon, Thomas (2014) *Autorité et démocratie. L’exercice du pouvoir dans les sociétés modernes*. Institut Varenne/LGDJ, París.
- Chappé, Robert y Crétois, Pierre (2014) *L’Homme présupposé*. Presses universitaires de Provence, Aix-en-Provence.
- De Aquino, Tomás (1986) *Suma de Teología*. Ed. Gredos, Barcelona.
- Duguit, León (1901) *L’État, le droit objectif et la loi positive*. Ed. Fontemoing, París.
- (1903) *L’État, les gouvernants et les agents*. Ed. Fontemoing, París.
- (1921) *Traité de droit constitutionnel*. Ed. de Boccard, París.
- (1922) *Souveraineté et liberté*. Ed Félix Alcan, París.
- (1923) *Traite de droit constitutionnel*. Ed. de Boccard, París.
- (1925) *Les Transformations du droit public*. Ed. Colin, París.
- (1999) *Les Transformations du droit privé depuis le Code Napoléon*. Ed. La Mémoire du droit, París.
- Durkheim, Émile (2007) *De la division du travail social*. PUF, París.
- Harribey, Jean (2013) *La Richesse, la valeur et l’inestimable*. Les Liens qui Libèrent, París.
- Hayek, Friedrich August (2007) *Droit, législation et liberté*. PUF, París.
- Herrera, Carlos Miguel (1997) “Duguit et Kelsen: la théorie juridique, de l’épistémologie au politique” en *La Science juridique*

- française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*. Presses universitaires de Strasbourg. Strasbourg.
- Hirschman, Albert (2005) *Les Passions et les intérêts*. PUF, París.
- Jappe, Robert (2003) *Les aventures de la marchandise. Pour une nouvelle critique de la valeur*. Denoël, París
- Jèze, Gaston (2013) “L’œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique? “ en *Jus politicum. Revue de droit politique*. En línea en <http://www.juspoliticum.com/L-œuvre-de-Gaston-Jeze-signifie-t.html>
- Mill, John Stuart (2009) *Considérations sur le gouvernement représentatif*. Gallimard. París.
- Latour, Bruno (2005) *Nous n’avons jamais été modernes*. La Découverte. París.
- Orléan, André (2011) *L’Empire de la valeur. Refonder l’économie*. Seuil. París.
- Ouellet , Martin (2014) *La Tyrannie de la valeur*. Écosociété. París
- Perroud, Thomas (2011) *La Fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*. Université Paris I Panthéon-Sorbonne. París.
- Pisier, Éugene (1972) *Le Service public dans la théorie de l’État de Léon Duguit*. LGDJ. París
- Postone, (2009) *Temps, travail et domination sociale*. Mille et une nuits. París.
- Rivero, Jean (1956) “Maurice Hauriou et l’avènement de la notion de service public“, en *L’Évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*. Ed. Sirey. París.
- Sacriste, Guillaume (2011) *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l’État en France (1870-1914)*. Presses de Sciences Po. París
- Xifaras, Mikhail (2006) «Le Code hors du Code. Le cas de la “transposition” de la propriété au droit administratif» en *Droits*. N° 42. París.

Los costos de la cárcel¹

The costs of prison

Os custos da prisão

Les coûts de la prison

入狱的费用

Fabián Bernal²

Universidad Nacional de Colombia - Colombia

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 236-254

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e422>

Recibido: 01/05/2020

Aprobado: 01/07/2020

Resumen: El contexto carcelario se debe concebir como un orden social desde el cual se ejerce control poblacional, a través de diversos mecanismos, estos implican una maximización de estrategias de vigilancia, donde las diferentes formas de control convergen en el disciplinamiento constante de las subjetividades. Estos mecanismos hacen que la cárcel funcione como una maquina sustentada por quienes la habitan. Memorias de las cárceles argentinas, colombianas y de estadounidenses son ejemplos de esta modalidad de control, sin embargo, pese a que sus dinámicas de funcionamiento interno son diferentes, no escapan a una dimensión económica del control poblacional, donde las personas

¹ Un borrador inconcluso de este ensayo fue discutido y abordado en las mesas de trabajo de las XIII Jornadas de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales en la Universidad de Buenos Aires durante el 2019 y en la II Jornadas de Sociología de la Universidad Nacional de Mar del Plata en el mismo año.

² Politólogo y Magister en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Nacional de Colombia. Candidato a Magister en Historia y Memoria de la UNLP. Actualmente trabaja para la Comisión Provincial por Memoria Provincia de Buenos Aires. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5645-2995>).

privadas de su libertad son el insumo básico para el funcionamiento de la máquina, y las destinatarias de las consecuencias subjetivas de la misma. Este ensayo se basa en memorias que dan cuenta de la vivencia de quienes fueron parte e insumo de dicha maquinaria, quienes desde sus recuerdos muestran un retrato del significado y costos del encierro más allá de las fronteras.

Palabras clave: Cárcel, Memoria, Gobernabilidad, Costo subjetivo, Costo económico

Abstract: The prison context can't be conceived as a homogeneous whole, but rather, as a social order from which population control is exercised, through various mechanisms, these imply maximization of surveillance strategies with various fines, However, the different forms of control converge in the constant discipline of subjectivities. These mechanisms make the prison work as a machine independent of those who inhabit it, but supported by themselves. The stories of life in Argentine, Colombian and American prisons are examples of this type of control, however, although their dynamics of internal functioning are different, they do not escape an economic dimension of population control, where people deprived of Their freedom is the basic input for the operation of the machine, and the recipients of the subjective consequences of it. This essay is based on memories that account for the daily experience of those who at one time were part and input of said machinery, who from their memories identify a clear portrait of the meaning and costs of confinement beyond borders.

Keywords: Jail, Memory, Governance, Subjective cost, Economic cost.

Resumo: O contexto prisional deve ser concebido como uma ordem social desde a qual é exercido o controlo da população, através de diversos mecanismos, o que implica uma maximização das estratégias de vigilância, onde as diferentes formas de controlo convergem na disciplina constante das subjectividades. Estes mecanismos fazem a prisão funcionar como uma máquina apoiada por aqueles que a habitam. Memórias das prisões argentinas, colombianas e americanas são exemplos deste tipo de controlo, no entanto, apesar de a sua dinâmica interna de funcionamento ser diferente, não escapam a uma dimensão económica de controlo populacional, onde as pessoas privadas da sua liberdade são o sustento básico para o funcionamento da máquina, e

as destinatárias das conseqüências subjectivas da mesma. Este ensaio baseia-se em memórias que dão conta da experiência de quem fizeram parte e sustento dessa maquinaria, quem desde suas memórias mostram um retrato do significado e custos do confinamento além das fronteiras.

Palavras-chave: Prisão, Memória, Governança, Custo subjectivo, Custo económico

Résumé: Le contexte carcéral doit être conçu comme un ordre social à partir duquel s'exerce le contrôle de la population, à travers différents mécanismes, ceux-ci impliquent une maximisation des stratégies de surveillance, où les différentes formes de contrôle convergent dans la discipline constante des subjectivités. Ces mécanismes font fonctionner la prison comme une machine soutenue par ceux qui l'habitent. Les mémoires des prisons argentines, colombiennes et américaines sont des exemples de cette forme de contrôle, cependant, malgré le fait que leur dynamique de fonctionnement interne soit différente, elles n'échappent pas à une dimension économique du contrôle de la population, où les personnes privées de liberté sont l'entrée de base pour le fonctionnement de la machine, et les destinataires des conséquences subjectives de celle-ci. Cet essai est basé sur des souvenirs qui rendent compte de l'expérience de ceux qui ont fait partie et ont contribué à ladite machinerie, qui à partir de leurs souvenirs montrent un portrait de la signification et des coûts de l'enfermement au-delà des frontières.

Mot-clés: Prison, mémoire, gouvernance, coût subjectif, coût économique

摘要: 监狱环境必须被视为一种社会秩序，通过各种机制从那里实行人口控制，这意味着最大化了监视策略，在这种监视策略中，不同形式的控制融合在主体性的不断规律中。这些机制使监狱的工作就像一台由居住者支持的机器。阿根廷监狱，哥伦比亚监狱和美国监狱的记忆就是这种控制形式的例子，但是，尽管其内部运作机制有所不同，但它们并没有摆脱人口控制的经济层面，在这些方面，被剥夺自由者是机器操作的基本输入，以及主观结果的接受者。本文基于记忆，该记忆描述了那些参与所述机器的人的经验，并从他们的记忆中展示了越境禁闭的意义和成本。

关键字: 监狱, 记忆, 治理, 主观成本, 经济成本

I. Introducción

Vale la pena iniciar este abordaje de los recuerdos mencionando que –al igual que Maurice Halbwachs– este trabajo entiende la memoria como una labor de reconstrucción que se apoya en el presente para recuperar el pasado. Desde esta perspectiva, a través de los recuerdos y los olvidos de quienes en algún momento de su vida conocieron el encierro –desde adentro– voy a intentar poner de relieve sus estrategias de sobrevivencia, desde la perspectiva subjetiva y dejar que sean los recuerdos de –quienes me permito llamar– “las víctimas carcelarias” quienes evidencien su verdadero significado.

En el transcurso de este escrito será posible conocer las vivencias de tres personas que en tiempos y lugares distintos tuvieron en común el dolor, el frío, el miedo, la angustia, pero sobre todo, que hoy comparten la fuerza de volver a ese pasado traumático y compartir sus recuerdos; para levantar una voz que pone en tensión y cuestiona la cárcel como aparato estatal para generar sufrimiento.

II. ¿Historia o Memorias del encierro?

Es importante aclarar que este trabajo no tiene la pretensión de construir una historia totalizadora del encierro, sino más bien transmitir que a través de las subjetividades de la memoria podemos abordar problemáticas sociales vigentes en todo tiempo y lugar.

Para comprender desde qué punto se abordarán los recuerdos del pasado, es importante mencionar que no haremos uso exclusivo del Modelo de investigación autosuficiente o documental, ni tampoco del Constructivismo radical como modelos de interpretación.

Este trabajo comprende que el *Modelo de investigación autosuficiente o documental*, cuya forma extrema es el positivismo; entiende que reunir pruebas y hacer aseveraciones referenciales con formas de reivindicación

de verdad fundamentadas en esas pruebas, son las condiciones necesarias y suficientes de la historiografía. LaCapra (2005).

Y Tiene como características; (1) estricta separación u oposición binaria entre el sujeto y el objeto; (2) tendencia a fundir y confundir la objetividad y el objetivismo o la objetivación del otro; (3) identificación de la comprensión histórica con la explicación causal; (4) negación de la transferencia o del problema que suscita el hecho de que el observador esté implicado en el objeto de observación; (5) exclusión o subestimación de la relación dialógica con el otro.

Su exageración positivista confina a la historiografía a aseveraciones constatativas o referenciales que implican reivindicaciones de verdad hechas por un observador acerca de un objeto de investigación netamente diferenciado. LaCapra (2005).

Desde esta perspectiva,

Para autores como BerelLang, hay que contar solo los hechos, pues de otra forma se recae en el discurso figurativo y la estilización (esteticismo). Y *solo una crónica de los hechos* tiene la autoridad de hacerlo, pues de otra forma uno se expone a los peligros de la narrativización y la relativización del entramado. La escritura literaria y toda clase de escritura histórica que aspira al estatuto de lo literario resultan especialmente objetables, porque la figura del autor se impone entre aquello que ha de representarse y la propia representación. White (2007).

Acorde a lo mencionado es válido aclarar que este trabajo no comparte esa visión, por lo que se verá más adelante. Por otro lado para el segundo enfoque, imagen negativa del primero -el constructivismo radical- “las aseveraciones que entrañan una reivindicación de verdad incumben en el mejor de los casos a los acontecimientos y tienen una importación limitada, incluso marginal. Lo esencial son los factores reformativos, figurativos, estéticos, retóricos ideológicos y políticos que “constituyen” las estructuras –relatos, tramas, argumentaciones, interpretaciones,

explicaciones en las cuales las aseveraciones están incluidas y de la cuales extraen su sentido e importancia” LaCapra (2005). Desde este punto de vista citando a Frank Ankersmit, LaCapra menciona que para el constructivismo radical “todo lo que es esencial e interesante en la escritura de la historia (en la teoría y en la práctica) no se halla en el nivel de las afirmaciones individuales, sino en el nivel de la política que los historiadores abrazan cuando eligen las afirmaciones que confieren individualidad a su pintura del pasado” LaCapra (2005). En relación a los dos modelos analizados, este trabajo comparte en cierto sentido la interpretación de Dominick LaCapra quien entiende la historia como “algo que entraña una tensa reconstrucción objetiva (y no objetivista) del pasado y un intercambio dialógico con él y con otras indagaciones sobre él, en el cual el conocimiento supone no solo procesamiento de información sino también efectos, empatía y cuestiones de valor”. Desde esta perspectiva y en relación a la comprensión histórica, no debería contemplarse la vivencia de una manera estrechamente cognitiva que solo implica el procesamiento de información”. LaCapra (2005). Sin embargo nos distanciamos de LaCapra en medida que “articular históricamente lo pasado no significa conocerlo «tal y como verdaderamente ha sido». La verdadera imagen del pasado transcurre rápidamente. Al pasado sólo puede retenerse en cuanto imagen que relampaguea, para nunca más ser vista, en el instante de su cognoscibilidad”. Benjamín (1989). Desde esta perspectiva consideramos más conveniente hablar de memorias subjetivas y de esta manera mantener en ellas sus pretensiones de seguir siendo relatos del pasado, recuperados desde el presente. Recuerdos de sucesos traumáticos, mas no una pretensión históricas de verdad; simplemente la de rescatar los recuerdos que configuraron subjetividades individuales en momentos traumáticos.

III. Testigos tras las rejas

“En latín hay dos palabras para referirse al testigo. La primera, *testis*, de la que deriva nuestro término “testigo”, significa

etimológicamente aquel que se sitúa como tercero (terstis) en un proceso o un litigio entre dos contendientes, ha pasado hasta el final por un acontecimiento y esta, pues, en condiciones de ofrecer un testimonio sobre él”. Agamben (2000). Es por esto que quienes han logrado salir del encierro son testigos que fueron atravesados por diversas violencias y que al hablar de ellas, dan cuenta de su condición de víctimas. Sin embargo –como es lógico pensar- para poder salir, primero hay que entrar, y este ingreso también tiene sus propias lógicas.

El encuentro con la cárcel es impactante desde el primer día, dado que el encierro es un universo paralelo, con reglas distintas al mundo en libertad, reglas que quien ingresa por primera vez –en el mayor de los casos- desconoce por completo. En palabras de Primo Levi podemos definir que el ingreso se ve como un choque por la sorpresa que supone.

El mundo en el que la persona se ve precipitada es efectivamente terrible pero, además, indescifrable; no se ajustaba a ningún modelo, el enemigo está alrededor, pero dentro también, el “nosotros” pierde sus límites, los contendientes no son dos, no se distingue una frontera, sino muchas y confusas a la vez, tal vez innumerables, una entre cada uno y el otro. (Levi 2015).

El primer día en la estación de policía no pude dormir por el frío, y cuando me entere que iba para la Cárcel Modelo, menos pude dormir. Yo ya conocía la modelo, porque mi papa estuvo ahí. Estaba asustado, pero también pensativo, fuera como fuera no iba a dejar que pasara nada, si me pasaba era peleando. Al llegar a la modelo nos llevaron a un calabozo, es un lugar donde están los que llegan de todas las URI (Unidades de reacción inmediata), ladrones, asesinos, había por lo menos 20. Siempre hay mucho ruido, gritos y una frase para los nuevos “échelo aquí para violarlo”. Uno no está acostumbrado a que se lo griten 20 personas. El corazón me palpitaba, pero no lo demostraba físicamente, yo me preguntaba “¿en qué momento se me lanzan, en que momento me toca?”, estaba siempre a la defensiva, pero sin demostrarlo. Harold-Colombia

Al momento de la detención entre 10 me tiraron al piso, me requisaron todo, me dejaron con una mano esposada a la silla y sin poder ir al baño, estaba que me orinaba, tuve que orinar delante de la guardia, era todo muy humillante. A una la meten en unos calabozos horribles, tenía tanto miedo. Beatriz- EE.UU

El momento en que fui detenida, yo estaba con mi hermano, tenía la conciencia de que todo había terminado, por lo tanto todo lo que pasara no importaba, si fuera bueno o malo, si me condenaban a muerte no importaba, mi sensación era de “termino mi vida este día”. Era un lugar horrible, pero no importaba. La unidad 4 de Bahía Blanca era como una casa vieja, las celdas eran horribles. Cuando llegue a la unidad 8 conocí una cárcel de verdad, los buzones donde me llevaron, nunca los volví a ver, era tan horribles, oscuros y chicos que solo podía estar parada. La policía no quería que yo estudiara, por eso primero me colocaron en el buzón y luego en el peor pabellón a ver qué pasaba. Alicia-Argentina

Esta primera impresión es sin duda la antesala al sistema de disciplinamiento en el que las subjetividades empiezan a ser degradadas.

Habíamos 10 personas en la celda que me tocó a mí, estaba en muy mal estado, los inodoros llenos de mierda. Solo había cuatro planchas para dormir, los demás dormíamos en el piso o al lado del inodoro. Estábamos todos acumulados como perros. El frío me mato, se me metía en las costillas, no me podía acomodar, estuve mirando la reja toda la noche, veía pasar las ratas de 30 cm. Habían unos bichos que no conocía, se llaman chinches, son tipo pulga pero se meten en la piel y le chupan la sangre hasta que pica, me levante con esa piquiña, así fue que conocí los chinches. Harold – Colombia

Las cárceles de New Jersey y Hudson son un infierno, es lo peor que puede pasar un ser humano, siempre me trataron como a una estatal y a las estatales³ les pegan,

³ El uniforme para las que están en la cárcel estatal es gris y es naranja para las federales, el de las estatales es horrible y de la peor calidad. En federal se tiene un estrato un poco más alto.

les escupen, tienen que dormir con las ratas, les hacen millones de cosas...Me toco dormir en el piso, con ratas, cucarachas y viendo cada día como entraban cada clase de drogadictas y verlas sufrir e implorar por droga. Beatriz- EE.UU

Podría decirse que este tipo de iniciaciones tienen por objeto mostrar a quien ingresa; no solo como se va a ver obligado a adaptarse para sobrevivir, sino también buscan reducir con cualquier tipo de posible resistencia desde el inicio. “Mas que un simple forastero que inicialmente busca la aceptación o tolerancia por parte del grupo” Schütz (2015), “el recién llegado es como un adversario por definición, sea cual sea la etiqueta que tenga adjudicada, y debe ser abatido pronto, antes de que se convirtiese en ejemplo o en germen de resistencia organizada” Levi (2015). Esta administración de disciplinamiento no solo es repartida por los funcionarios oficiales de la institución, sino también por un funcionario que en palabras de Primo Levi, intenta conservar –si se puede denominar así– algún tipo de “privilegio”.

En este punto, el choque contra la realidad [...] coincide con la agresión –ni prevista ni comprendida– de un enemigo nuevo y extraño, el prisionero funcionario que, en lugar de cogerte la mano, tranquilizarte, enseñarte el camino, arroja sobre ti dando gritos... quiere domarte, quiere extinguir en ti la chispa de dignidad que tal vez todavía conserves y que él ha perdido. Levi (2015).

En la modelo los patios son bloques de 4 pisos con 4 pasillos de cada lado, se puede ver el otro patio pero están separados por una reja, no se mezclan: Hay alrededor de 800 o hasta 1000 personas por patio, haga de cuenta todas esas personas gritando “échelo échelo aquí para violarlo”... la entrada a patio, ese trayecto entre la recepción y el patio es todo de maltrato, palo, golpes, lo que sea, Le dan palo a los que llevan la contraria, una vez un guardia me dijo: “aquí no tratamos con un jardín de niños, son todos delincuentes” no van a entender con buenas palabras... Al llegar al patio el guardia me

entrego a 4 pasilleros (todos más grandes que yo) uno no sabe con quién carajos va, ellos me metieron en una celda y me preguntaron porque venía... yo seguía con susto... les dije toda la verdad. Harold – Colombia

En la cárcel supe lo que eran las “kiking” son las drogadicatas a las que les llega el momento en que la droga ya no les entra, yo estaba en el suelo durmiendo y llegaba alguna de ellas a morbosearme –era horrible- yo pedía clemencia, pedía que alguien me ayudara. Me quisieron violar dos veces, casi todas son lesbianas y uno no puede hacer nada, se juntan negras y blancas, ellas tienen sus métodos para hacer las cosas, fue terrible. Beatriz- EE.UU

Cuando me llevaron a población, me impresionaron los silbidos de chicas, me decían “vení, que buena que estas”. Era un ambiente muy pesado, gente que estaba acostumbrada a defenderse de la violencia de la policía y de las mismas compañeras. En la celda me dijeron “que vas a hacer ahora si te violamos entre todas”. Alicia-Argentina

O también es probable, que:

Todas las intolerancias, la hostilidad contra quien ingresa tenga en esencia origen en el intento inconsciente de consolidar el “nosotros” a expensas de los otros, para crear paradójicamente la solidaridad entre oprimidos, cuya ausencia es fuente adicional de sufrimiento [...], esto complementado por un sentimiento de envidia, porque pareciese tener olor al afuera Levi (2015).

Sin embargo, vale la pena aclarar que esta administración de disciplina, es parte de la lógica de la institución total y no libre albedrío de quien es “depositado” en ella.

Acorde a lo anterior, y con el propósito de no banalizar el mal –parafraseando a Hannah Arendt- se podría decir recurriendo a la literatura que es posible vislumbrar que a través de las experiencias particulares de los individuos –en *La colonia penitenciaria* de Kafka–

La maquinaria ejecutora de dicha operación técnica cada vez más sustraída de la intervención directa de los

hombres no funcionaría sin el individuo y su conducta cotidiana. “Mire ese aparato –exclamo el oficial kafkiano de la Colonia Penitenciaria-, hasta ahora debía accionarse a mano, pero a partir de ahora el aparato funciona solo”. Traverso (2001).

Lo anterior, si bien describe un proceso de degradación –al parecer sin sujeto–, donde la ejecución de la pena es confiada a una máquina, sin que la víctima pueda mirar a su verdugo real, muestra que la activación de dicha maquinaria tiene su raíz en “una cadena de conductas individuales que configuran un orden social donde la actividad distinta de diferentes actores se integra en un todo coherente, permitiendo el desarrollo, consciente o inconsciente, de ciertos fines o funciones globales” Goffman (1991) y en el caso de la cárcel, estos fines implicaran un costo que recae sobre sus propios destinatarios.

IV. Los costos del encierro

Hasta aquí hemos hablado de una “tecnocracia carcelaria” en la medida que quienes la ejercen son funcionarios despojados de todo tipo de ideología política y especializados –por la experiencia cotidiana y enseñanzas heredadas de funcionarios pasados– en la administración y gestión del castigo y el control.

En las cárceles se desayuna entre 5:30 y 6, se almuerza entre 9 y 11 y se come entre 14 y 15. Había una comida que se le conocía como pasta bomba, fue la única vez que comí eso “pasta con salchicha y huevo picado “cuando lo comi termine demostrando que estaba acoplado a la situación, sin estarlo. Uno se acopla o se acopla. Harold – Colombia

Desde la mañana nos levantaban a las 3 am, hacían el conteo de la celda, y luego se recibía el desayuno, yo solo recibía los huevos -cuando daban-. Toda la comida me producía diarrea, está llena de grasa, es asquerosa, pero cuando tenía hambre la tenía que comer. En total salíamos dos horas al desayuno, una hora al medio día y a la tarde, si nos portábamos bien una hora más. Beatriz- EEUU

Me impresiono el trato rígido de las policías mujeres (parece derecha, responda, hable), estábamos en época de dictadura, teníamos algunas reglas; como la formación a la madrugada, nos contábamos de a una, paradas contra la pared, mirando de costado a la compañera y diciendo el número que nos tocaba. Esto se hacía siempre con presencia de los miembros de la guardia y del 5 cuerpo del ejército que iba todas las mañanas a controlar. En la cárcel me decían cuando me levantaba, cuando me tenía que bañar, cuando comer, decidían todo por mí.
Alicia- Argentina

Sin embargo el control no solo es ejercido sobre los tiempos y movimientos de las individualidades desde la disciplina, sino también desde una maquinaria institucional en ocasiones formal y en otras informal que se encarga de encuadrar un escenario dentro del cual las personas son clasificadas y –en esta tecnocracia carcelaria– administradas. Es lo que Foucault define como “Gubernamentalidad” en la medida que todas las individualidades juegan un rol activo y esta es la razón por la cual deben –desde la lógica del control poblacional– ser reguladas a través de diferentes técnicas.

Esta regulación tiene por objeto generar una interacción que contribuya a los fines del control, ya que un actor contribuya (a la interacción) es una expectativa legítima por parte de los demás actores, que así pueden conocer de antemano los límites dentro de los cuales el actor se comportara probablemente, y tiene el derecho virtual a esperar de él que se comporte de acuerdo con estas limitaciones. A la inversa, él debe comportarse como se espera de él, no por simple eficacia, sino por sentir que se trata de una manera conveniente de comportarse. Goffman (1991).

Esta conveniencia implica mayor o menor “riesgo de sufrir daño” dentro del ordenamiento carcelario.

En cada patio hay un “**Pluma o Cacique**”, el pluma es la cabeza principal de cada patio, la “segunda” es quien está a cargo, si no está el pluma, pues alguien se podría

tomar el poder a la brava. Decide sobre lo económico y lo disciplinario del patio⁴ y es “el vocero”. Aunque supuestamente el vocero de los patios tendría que ser el “Delegado de DDHH⁵” pero realmente no lo es... adentro es un mundo totalmente a parte. Se es pluma derrocando al anterior, haciendo “golpe de estado”. El pluma debe responder al patio y a la cuota de la guardia para que no entre a requisar. Si es un tipo que le gusta golpear a la gente, que le gusta abusar de la comunidad del patio, entonces la gente se cansa y lo sacan o lo matan... no falta el inconforme que quiere armar la revolución, lo intenta y lo tiene lograr, porque si no lo logra, hay que tratar de salir vivo del patio...

Si los guardias están cansados del pluma, porque no da la cuota, Los mismos guardias se encargan de formar combos para sacarlo.

En los pasillos trabaja un **Pasillero titular y otro segundo** -que cumple el rol en caso de no estar el primero-. Están pendientes del pasillo, administran el recaudo de fondos provenientes de las líneas de teléfono⁶, líneas de droga⁷ o cobros para manutención⁸ del pasillo, esto deben

⁴ Las sanciones que aplican los guardias son las legales, que le encuentren un teléfono, un arma. Un teléfono son seis meses de *retención no validas*, es decir, se redime por estudio o trabajo cierta cantidad de horas diarias, si se trabaja durante dos años completos, tiene un año ya ganado, la sanción repercute en eso. Si se tiene una sanción no se puede descontar y en cambio lo trabajado sirve para pagar la sanción. Harold-Colombia

⁵ El Delegado de DDHH es un funcionario que trabaja para la institución, pero adentro recibe órdenes del Pluma y transmite lo que el pluma quiere. Tiene un chaleco gris que dice DDHH, hace asesorías jurídicas con la defensoría, anota, saca entrevistas... toda la información que recibe tiene que dársela al pluma.

⁶ Adentro del pasillo se venden los minutos y el que tiene línea debe pagar 150 mil pesos al mes (50 US)

⁷ Imagínese que la línea le pertenece a alguien, este se encarga de pagar la entrada, empaque y distribución, para esto paga una cuota al Pasillero o al Pluma, dependiendo de la importancia de la línea, puede haber una o más líneas. El pluma paga al guardia de turno y este a los demás mandos para evitar las requisas.

⁸ En mi pasillo costo ciento cincuenta mil pesos entrar un TV y un DVD “50 US” y por película 3 mil pesos (1 US), había que elegir las bien y ojala que no fueran malas, porque si eran malas dolía....

pagarlo entre todos los que viven en el pasillo. Como parte de su equipo están los **Allegados a la casa** (son los guardaespaldas que coordinan las filas, ayudan a bajar las órdenes del pluma) y **los Carros** (quienes hacen el trabajo sucio a cambio de droga). Como en toda mafia, el Pluma y los Pasilleros eligen a su gente. Del patio para afuera están los guardias, ellos no entran al patio a menos que sea un operativo, lo deben, porque para eso hay unas reglas establecidas entre reclusos y guardias, ellos mandan de la reja para afuera, adentro manda el pluma “y la casa”, que son la segunda y todos los pasilleros. Harold-Colombia

Hay una “comisaria”⁹ una vez por semana, ofrecen paquetes de alimentos, atún, sardinas, macarela, valen 2US, si uno paga, puede tener algunos beneficios. Para eso los familiares u amigos deben hacer un depósito por Wester Unión desde cualquier parte del mundo, con el número del preso, ejemplo: quiero depositar 50 dólares al preso 5355 y así queda registrado el dinero que tiene para comprar. Por ejemplo, Las “kiking” necesitan la droga, pero la cárcel no se las va a dar, a menos que tengan dinero, uno la ve temblando, o vomitando, lloran, sufren por la droga que necesitan. Muy pocas tienen familia que les mande dinero para poder comer o comprar cosas.

Un día yo no podía dejar de llorar y una amiga me pregunto si quería dormir, me dio media pastilla y dormí dos días, cuando me levante tenia taquicardia. Las pastillas se compran a los médicos o a la guardia. Todo es un negocio. Para poder comprar solo hay que decir que uno quiere dormir o que tiene esquizofrenia y le venden la morfina o las anfetaminas. Beatriz-EE.UU

Las autoridades formales dependían del director, pero en época de dictadura todos dependían del 5 cuerpo del ejército. Ellos estaban sometidos. Había un jefe del SPB, director, y una responsable sargento. Una estructura verticalista. Al ser tan duro el sistema ellos hacían

⁹ Se refiere a una especie de comisión u organización que se encarga de la venta de diversos productos. Es administrada por la institución.

todo lo que el ejército decía. En el comienzo del juicio a las juntas¹⁰ se produce una reforma muy grande adentro, sacan a todos los jefes del SPB, ponen civiles y comienza la conmutación de penas. Desaparece la milicada y de la excesiva dureza se pasa a un sistema más peligroso de lo que era antes.

En el modelo anterior había una represión muy clara, la tortura estaba naturalizada y permitida, y todo el control lo hacían los militares. En el nuevo modelo se pasa a un modelo de corrupción¹¹, el SPB busca nuevos canales para ejercer el poder y convertirte en una cosa. ¿Quieres estar mejor? Dame la guita y te lo consigo, pero yo soy el que manda. La fuerza de seguridad de agiorna a los momentos políticos y saca lo peor de si cuando les habilitan esa apertura, en épocas de dictadura serán más duros, en democracia más “blandos”, pero si les abris una puerta sacan lo que tienen adentro y empiezan a matar y reprimir. Alicia- Argentina

Es posible afirmar que pese a la diferencia no solo temporal, sino espacial de estos recuerdos, todos convergen en manifestar una lógica sumamente organizada en dos planos: uno en cuanto a la administración de la población; lo cual implica primordialmente la administración formal e informal de los castigos, “a través de sanciones que apoyan y sostienen la definición de reglas sociales que estimulan ciertas actividades y prohíben otras” Goffman (1991).

Tal como expresan los testimonios citados, sus vivencias en el encierro se desarrollan en un ordenamiento social en el

¹⁰ Viene a mi memoria que en el comedor, mientras escuchábamos que la policía del servicio decía “pobrecitos ellos no hicieron nada y los están juzgando”, nosotras nos tomamos de las manos y llorábamos en silencio. Gozamos de ese momento histórico junto y tomado de las manos.

¹¹ El SPB está formado para reprimir, para someter al otro, ¿si vos le sacas eso que le queda? Ahí comienza la corrupción más grave que yo he visto del SPB. Cuando hablo de corrupción, me refiero a que se cobraba, desde el cambio de celda hasta un régimen semi-abierto, eso valía el precio de una moto. Se canaliza la necesidad de reprimir en el delito. Uno de los jefes del SPB se afano toneladas de aceite y debíamos comer con grasa y para que no le encontraran el aceite, el tiro por las cañerías y por estas corría aceite y no agua.

cual si siguiéramos literalmente los postulados de Goffman se entenderían que;

Si no se respetan las reglas o cuando ninguna regla parece aplicable, *las personas*¹² dejan de saber cómo comportarse y de saber lo que deben esperar de otro. En el plano social, queda perturbada la integración de las acciones, con la consecuencia de desorganización social o desorden social. Al mismo tiempo, *las personas* padecen de anomia y de desorganización. Goffman (1991).

Sin embargo, esto podría aplicarse a la vida fuera de las instituciones totales, ya que como hemos venido afirmando, este ordenamiento social, no es un ordenamiento que surge naturalmente de la asociación voluntaria de individualidades, sino que es un ordenamiento social generado a los fines de controlar una población, por este motivo no es posible hablar de perturbación sobre el comportamiento de las personas, ya que es el ordenamiento carcelario el que configura un cambio de comportamiento en las mismas. Y con base en esto, la teoría de la posible anomia, es imposible de prever, ya que a falta de este impulso por parte del ordenamiento carcelario, las personas se remitirían a su comportamiento social, previo al ingreso a la vida carcelaria. En resumen, la vida carcelaria configura un ordenamiento social, en el cual las personas son introducidas y direccionadas acorde a los comportamientos que dicta el ordenamiento carcelario y en caso de no seguirlos, aparece la sanción. Y en este momento de aparición de la sanción, dentro de un espacio como la cárcel, que es un espacio sancionatorio, es cuando “el ordenamiento carcelario logra reproducir –para sus propósitos de control– las reglas del ordenamiento social de la vida en libertad. Acorde a esto la persona que infringen las reglas es un contraventor. Su infracción es un delito –dentro

¹² Goffman usa la denominación “participantes”, para designar a quienes interactuaran dentro del ordenamiento social, sin embargo, este ensayo considera más exacto hablar de personas y no participantes, ya que definirles como participantes implica otorgarles un voluntarismo participativo que no existe cuando las personas son privadas de su libertad y obligadas a desenvolverse en roles diferentes dentro de la institución total.

del ordenamiento social de la cárcel-. El que infringe continuamente las reglas es un desviado” Goffman (1991) *–que al igual que en la vida extra muros, se busca sancionar y apartar*-.

Un segundo aspecto de convergencia entre los testimonios está relacionado al requerimiento por parte de la institución de pagos con el propósito de apaciguar los padecimientos que esta puede infligir. Estos pagos evidencian que “toda manifestación concreta de orden social debe producirse dentro de un contexto social más amplio *–accionar de los funcionarios de la cárcel*-. La acción que se extiende entre este orden y su medio social debe ser dirigida por una regulación integrada en este orden como tal” Goffman (1991) *–accionar del preso funcionario*-. Por otro lado, más allá de estos pagos económicos podemos hablar de los *costos subjetivos* que implica sobrevivir en el encierro, los cuales pueden llegar *–sin duda-* a ser mucho más altos.

Yo me he sentido avergonzada, me sentía como una basura todos los días de mi vida, llore todos los días en la cárcel, por eso nunca les he contado a mis hermanos lo que paso. Yo lloraba y lloraba, decía gracias a dios mi mama está muerta para no ver lo que estoy viviendo Solo saben algunas cosas mis hermanas que viven aquí. Beatriz – EE.UU

En la cárcel perdí muchas cosas de forma fea, todo lo que uno trabaja en cualquier momento se va, no lo digo por las cosas, sino por las personas, perdí a Linda (mi novia), teníamos una vida planeada y todo se pedio. Mis amigos más cercanos los perdí. No pude llorar la muerte de mi abuela y abuelo -que se murieron mientras yo estaba preso- y fueron con los que me crie toda la vida... en la cárcel uno aplaca todo, cualquier cosa que sucede produce rabia e impotencia. Harold-Colombia

Al salir se comprende la destrucción total que siente un ser humano, yo sentía que tenía la vida acomodada, me costó mucho volver a tener responsabilidades, en la cárcel me decían cuando me levantaba, cuando me tenía que bañar, cuando comer, decidían todo por mí. Cuando salí, fue un golpe horrible. Una persona cuando ingresa a la cárcel se rompe en mil pedazos y lo interesante es como

se vuelve a armar en un ser humano. Cuando salí no era una persona completa, estaba limitada en todo.

Tengo una cuestión de que nunca pude volver a la unidad 4, no sé si volvería, pero no pude... Nunca les conté a mis compañeros mi historia, sin saber que hasta mi jefe lo sabía, me lo blanquearon tiempo después, mi hija aun no lo sabe... Yo perdí la inocencia, la alegría. En la cárcel no tenés ninguna posibilidad de resistir adentro. Lo más difícil ha sido la muerte de compañeras que se han suicidaron adentro, y el juicio oral por jueces de la dictadura, teníamos que ser un ejemplo de lo que no se debía hacer, ver a mi familia hecha pedazos fue muy duro, cuando me dieron la condena de 18 años ya estaba muerta¹³ Alicia – Argentina

Es posible afirmar que “si bien nadie vive en un permanente estado absoluto en su propia memoria, sino que se abren y cierran las cajas en las que se encuentran los restos del pasado” Sarlo (2007), abrir esas cajas del pasado saca a la luz la existencia y efectos de diversos traumas generados por experiencias de sufrimiento.

El trauma trastorna, desarticula el yo y genera huecos en la existencia; tiene efectos tardíos imposibles de controlar, sino con dificultad y, tal vez, imposibles de dominar plenamente. Causa una disociación de los efectos y las representaciones: el que lo padece siente, desconcentrado, lo que no puede representar o representa anestesiado lo que no puede sentir LaCapra(2005).

Y en este marco es dable afirmar que los mayores costos del encierro no son únicamente la vergüenza, rabia e impotencia quedan aún después de salir de la cárcel, sino también la indecibilidad no regulada –en términos de LaCapra- , la cual implica

¹³ “La cárcel sigue sirviendo para ocultar esa parte de la sociedad que no queremos ver, para degradar personas, para cosificar. Quitémonos la careta, la cárcel es únicamente para castigo. Yo no me olvido más un chico (Campos Lucero) que entro a los 18 años entero y se fue en libertad con una pierna y con un ojo menos, volvió, porque afuera tampoco le dieron muchas posibilidades y lo mataron adentro. Todos los presos han perdido una parte de su mente o de su cuerpo y eso te pinta de cuerpo entero para qué sirve la cárcel”.

situaciones en las que el pasado acosa y posee¹⁴, de modo que “las personas se ven atrapadas en la repetición compulsiva de escenas traumáticas, escenas en las que el pasado retorna y el futuro queda bloqueado o atrapado en un círculo melancólico y fatal que se retroalimenta” LaCapra (2005). Por esto cuando hablamos de víctimas es necesario recurrir a sus memorias subjetivas, con el propósito de reconstruir desde el presente, sus pasados traumáticos, evidencias los dolores, traumas y angustias individuales para poder reconocerlos y abordarlos; ya que solo así, se pueden mermar los efectos del estigma interno que produce la cárcel en la subjetividad de quienes han soportado la desgracia de servir como insumo de una maquinaria destinada a degradar humanidades.

V. Bibliografía

- Agamben, Giorgio (2000) *Lo que queda de Auschwitz: el archivo y el testigo*. Editorial Pre Textos. Valencia.
- Benjamin, Walter (1989) *Discursos interrumpidos I*. Editorial Taurus. Buenos Aires.
- Goffman, Erving (1991) “El orden de la interacción” en *Los momentos y sus hombres*. Editorial Paidós, Barcelona.
- LaCapra, Dominick (2005) “Escribir la historia, escribir el trauma”. Editorial Nueva Visión. Buenos Aires.
- Levi, Primo (2015) “Los Hundidos y los salvados” Editorial Ariel. Buenos Aires.
- Sarlo, Beatriz (2007) “Rescate de la Memoria” en *Revista de la Universidad de Mexico*. N° 37. UNAM. México.
- Schütz, Alfred (1999) “El forastero. Ensayo de psicología social” en *Estudios sobre teoría social*. Editorial Amorrortu, Buenos Aires.
- Traverso, Enzo (2001) “La historia Desgarrada Ensayo sobre Auschwitz y los intelectuales”. Editorial Herder. Barcelona.
- White, Hayden (2007) “el entramado histórico y el problema de la verdad” En: *En torno a los límites de la representación. El nazismo y la solución final*. Editorial Bernal. Quilmes.

¹⁴ Según LaCapra, en el *actingout*, los tiempos hacen implosión, como si uno estuviera de nuevo en el pasado viendo otra vez la escena traumática.

El principio de insignificancia en el delito de hurto: Principales aspectos y su problemática

The principle of insignificance in the crime of theft: Main aspects and their problems

O princípio da insignificância no crime de furto: Aspectos principais e sua problemática

Le principe de l'insignifiance dans le crime de vol: les principaux aspects et leurs problèmes

盗窃罪中无关紧要的原则: 主要方面及其问题

Tomás Camilletti¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 255-276

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e423>

Recibido: 01/05/2020

Aprobado: 01/06/2020

Resumen: Este artículo nace en virtud de las problemáticas y consecuencias generadas en los delitos contra la propiedad cuando nos encontramos en presencia de cosas apoderadas de escaso o ínfimo valor. Asimismo, se pretende ofrecer al lector un repaso por todas las corrientes doctrinarias y jurisprudenciales de manera amplia, a los efectos de poder generar interrogantes en pos de capacitar a los operadores judiciales y aspirar a un sistema judicial más justo y armónico con los principios penales que rigen en nuestros tribunales. Respecto a ello, se intentarán analizar

¹ Abogado graduado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP) en el año 2016. Docente adscripto en la materia Adaptación Profesional en Prácticas Penales. Actualmente cursando la Especialización en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires. tomicamilletti@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0895-6317>).

aquellas situaciones en la que, ante casos análogos propios del delito del hurto, la resolución del conflicto requiera un análisis pormenorizado de la circunstancia en particular y deje al descubierto la coyuntura generada con respecto al principio de insignificancia y la necesidad de aplicación de las penas. El eje de esta publicación no gira en torno a la conveniencia de aplicar una u otra manera de arribar a soluciones ante casos similares, sino que se provea de una serie de recursos y conocimientos que hagan tomar postura y generar argumentos suficientes, para así luego ello, poder repensar la finalidad de la aplicación de penas de corta duración, así como también la necesidad de realizar un cambio de paradigma en nuestro sistema penal

Palabras clave: Derecho Penal – Insignificancia – Principio de oportunidad – Delitos contra la propiedad.

Abstract: This article was born under the problems and consequences generated in property crimes when we are in the presence of seized things of little or very little value. Likewise, it is intended to offer the reader a review of all doctrinal and jurisprudential currents in a broad way, in order to be able to generate questions in order to train judicial operators and aspire to a more just and harmonious judicial system with the criminal principles that they rule in our courts. With regard to this, an attempt will be made to analyze those situations in which, in similar cases of the crime of theft, the resolution of the conflict requires a detailed analysis of the particular circumstance and reveals the situation generated with respect to the principle of insignificance and the need to apply penalties. The axis of this publication does not revolve around the advisability of applying one way or another to arrive at solutions to similar cases, but rather provides it with a series of resources and knowledge that make it take a stand and generate sufficient arguments, so that later, to be able to rethink the purpose of the application of short sentences, as well as the need to carry out a paradigm shift in our penal system.

Keywords: Criminal Law – Insignificance - Discretionary prosecution principle- crimes against property

Resumo: Este artigo nasce em virtude das problemáticas e consequências geradas nos crimes contra a propriedade quando estamos na presença de coisas apoderadas de pouco ou insignificante valor. Do mesmo modo, pretende oferecer ao leitor uma revisão por todas as correntes doutrinárias

e jurisprudenciais de forma ampla, a fim de poder gerar perguntas em procura de formar os operadores judiciários e aspirar a um sistema judicial mais justo e harmonioso com os princípios penais que regem em nossos tribunais. A este respeito, será tentado analisar as situações em que, perante casos semelhantes ao crime de furto, a resolução do conflito exige uma análise detalhada da circunstância particular e deixe ao descoberto a situação gerada em relação ao princípio da insignificância e à necessidade de aplicar penas. O eixo desta publicação não gira em torno da conveniência de aplicar uma ou outra forma para chegar a soluções para casos semelhantes, mas antes fornece uma série de recursos e conhecimentos que levarão à tomada de posição e à geração de argumentos suficientes, de modo a poder então repensar o propósito de aplicar penas de curta duração, assim como a necessidade de fazer uma mudança de paradigma no nosso sistema penal.

Palavras-chave: Direito Penal - Insignificância - Princípio de oportunidade - Crimes contra a propriedade.

Résumé: Cet article est né en vertu des problèmes et des conséquences engendrés par les délits contre les biens lorsque l'on se trouve en présence d'objets saisis de valeur faible ou négligeable. De même, il vise à offrir au lecteur une revue complète de tous les courants doctrinaux et jurisprudentiels, afin de pouvoir générer des questions afin de former les opérateurs judiciaires et aspirer à un système judiciaire plus juste et harmonieux avec les principes pénaux qui gouvernent dans nos tribunaux. À cet égard, on tentera d'analyser les situations dans lesquelles, face à des cas analogues de crime de vol, la résolution du conflit nécessite une analyse détaillée de la circonstance particulière et révèle la situation générée au regard du principe d'insignifiance et de la besoin d'appliquer des sanctions. L'axe de cette publication ne tourne pas autour de la commodité d'appliquer d'une manière ou d'une autre pour parvenir à des solutions à des cas similaires, mais plutôt qu'elle fournit une série de ressources et de connaissances qui permettent de prendre position et de générer suffisamment d'arguments, pour le faire plus tard. , pour pouvoir repenser la finalité de l'application des peines de courte durée, ainsi que la nécessité de procéder à un changement de paradigme dans notre système pénal.

Mot-clés: Droit pénal Insignifiance Principe d'opportunité Crimes contre la propriété.

摘要: 当我们发现自己身处被扣押的价值不大或微不足道的东西的情况下,这是由于财产犯罪所产生的问题和后果而产生的。同样,其目的是向读者提供对所有法学和法学流派的全面审查,以便能够提出问题,以培训司法操作人员并向以司法原则为基础的更公正和和谐的司法体系。在我们的法庭上统治。在这方面,将尝试分析那些面对类似盗窃罪的情况,要解决冲突就需要对具体情况进行详细分析,并揭示在微不足道原则和不道德原则方面产生的情况。需要进行处罚。本出版物的重点并不围绕采用一种方法或另一种方法来解决类似案件的便利性,而是在于它提供了一系列资源和知识,使人有可能采取立场并产生足够的论据,以便以后再做。以便能够重新考虑应用短期句子的目的,以及在我们的刑法体系中进行范式转换的需要。

关键字: 刑法, 无关紧要, 机会原则, 侵犯财产罪

I. Introducción

Esta presentación tiene sus orígenes en el relevante problema que se suscita en torno a los delitos contra la propiedad y la magnitud y/o límite de su objeto de tutela. Haciendo una reducción en el campo de investigación debido a la amplitud de problemáticas que traen aparejadas estos delitos, abordaremos en las próximas páginas particularmente el delito de hurto, tal como se tipifica en el artículo 162 del Código Penal Argentino.

Es moneda corriente observar en los tribunales nacionales y provinciales, un sinnúmero de causas que poseen como objeto la figura delictiva de referencia, donde muchas veces, el objeto apoderado ilegítimamente resulta de una manifiesta insignificancia respecto de todo lo que conlleva activar al aparato judicial cuando el mismo ingresa en la órbita penal y su eventual persecución a los fines de arribar a una resolución del conflicto.

Así pues, podemos observar que, con el correr de los años e inclusive en la actualidad, cuando el bien sustraído o apoderado posee una menor o insignificante cuantía, la divergencia de posturas y la disparidad de criterios que surgieron, han sido de distinta naturaleza a la hora de abordar estos problemas

e interpretar la ulterior necesidad de activar todo el aparato punitivo estatal respecto a ellos.

Es por ello que en virtud de colaborar con la especificidad con la cual se debe tratar a la presente problemática, se tomará la figura del hurto simple prevista y reprimida en el artículo 162 del Código Penal Argentino, a los efectos de brindar un marco normativo y conceptual lo más claro posible, resultando este desarrollado como punto de partida para este trabajo.

El delito en estudio se encuentra previsto en el Libro Segundo, Título Sexto, Capítulo I del Código Penal de la República Argentina, en donde reza que “será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de cosa mueble, total o parcialmente ajena” (Código Penal Argentino, 1984, art. 162).

Es respecto a esta serie de conductas vedadas por el legislador que, sin pecar de sobreabundante y de hacer un análisis que se encuentre fuera del objeto de este trabajo, surgió a lo largo del tiempo, un problema respecto de la magnitud de la conducta delictiva en sí y la punibilidad de la misma ante casos particulares en donde la *cosa total o parcialmente ajena* y, por ende, dentro del patrimonio del sujeto pasivo como elemento objetivo típico, resultare insignificante o de mínimo valor. He allí donde comienza a relucir un cortocircuito con lo que se denominó principio de insignificancia o bagatela.

A modo introductorio, vemos cómo nos encontramos en presencia de una conducta delictiva reprimida donde el bien jurídico que se tutela es la *propiedad*, y en donde parte de la doctrina afirmó que lo genéricamente ofendido por el delito de hurto es la propiedad “como patrimonio, a cuyo contenido corresponde la tenencia de las cosas muebles, que dentro del género propiedad es lo específicamente ofendido” (Donna, 2007:26), y no en el sentido de propiedad o dominio como derecho real.

Por consiguiente, la figura del hurto, tendrá que consistir en el desapoderamiento de una cosa en poder material de

otro, implicando ello una disminución de su patrimonio en su integridad (material), sin perjuicio de que ello no signifique un menoscabo en su integridad *económica* (Creus, 1998:391).

Por todo ello y los inconvenientes suscitados respecto a ello, a lo largo del trabajo se intentará realizar un breve repaso respecto soluciones procesalistas y dogmáticas ante situaciones que develen la ocurrencia de estos inconvenientes, intentando dotar la exposición de la mayor claridad argumental que sea posible y así poder brindarle al lector al final del mismo, un texto que le pueda significar de utilidad alguna a la hora de resolver casos análogos.

II. Doctrina y jurisprudencia. Diversas interpretaciones

Como bien señalamos con anterioridad, con el correr del tiempo diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales han abordado el problema que genera el principio en tratamiento y el acogimiento de la insignificancia en los delitos contra la propiedad, vale decir, considerando la irrelevancia a la hora de entender como típicas las conductas desplegadas en momentos de arribar a un decisorio de culpabilidad en el marco de los procesos penales.

Así pues, a continuación, se intentará abordar los principales aspectos de cada una de las posturas que se han manifestado al respecto, pretendiendo realizar una acabada delimitación de los objetos correspondientes a ellas.

a. Principio de insignificancia. Su acogimiento doctrinario y jurisprudencial

En primer lugar, es dable poner de manifiesto que el principio de insignificancia surge como principio aplicable a supuestos de injustos *de poca importancia o valor* (bagatelares), según el cual nos encontraríamos ante acciones o figuras penales atípicas, sin perjuicio que formalmente se adecuen a los elementos propios del tipo descripto, en virtud del menor

contenido de injusto advertido en dicha conducta o cuando su reproche penal pudiese resultar desproporcionado en cada caso en concreto.

Surge de dicha interpretación que el principio de insignificancia tiene su origen en el Derecho Romano, donde el principio *minimis non curat praetor*², el cual preveía su Digesto, pregonaba que “no debía ser oído el reclamante de cosa o cantidad mínima”.

Ahora bien, respecto al abordaje de la teoría desplegada en derredor de la insignificancia podremos ver que existen dos niveles o perspectivas diversas desde dónde abordarlo como excluyente de responsabilidad penal o no punibilidad de la conducta típico-objetiva exteriorizada.

En primer término, nos encontraremos con un sector de la doctrina que sostiene un criterio que aborda el problema desde la dogmática penal la cual, prima facie, sostiene que las afectaciones insignificantes de ciertos bienes jurídicos no pueden constituir una ofensa de relevancia dentro de la faz objetiva de la tipicidad en las conductas exteriorizadas; mientras que por otro lado, cierto sector sostiene la no punibilidad de acciones *bagalares* pero desde una faz procesal, en donde allí intervienen, juntamente con este principio, criterios de oportunidad en pos de velar por razones de celeridad, economía procesal y/o política criminal adecuada ajustadas a la actividad punitiva estatal.

Veamos:

i. Perspectiva dogmática formal objetiva como fundamento de la atipicidad

En primer término, establecidas las ideas principales en los apartados precedentemente desarrollados, huelga hacer mención que desde un primer momento, el Derecho Penal tiene por objeto la protección de ciertos bienes jurídicos, pudiendo

² Real Academia Española (2020). Recuperado de <https://dej.rae.es/lema/de-minimis-non-curat-praetor>

observar que dicha premisa posee íntima correlación con el principio de lesividad, en donde tal máxima actúa como limitativa del poder punitivo estatal.

Según Zaffaroni (2014:111), el discurso legitimante del punitivismo reaccionario racionalizó el hecho que “ante un bien jurídico lesionado, estaríamos en presencia de un delito y por lo tanto cabría una imposición de pena”, y es por ello que con posterioridad, dicha perspectiva tuvo un giro de radical y pasó de entenderse al bien jurídico lesionado como *bien jurídico tutelado*.

En otro orden de ideas, el profesor Roxin (1997:55-56) sostuvo en consonancia con ello que “un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente, solo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la ley fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado”, por lo que “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo, en el marco de un sistema social estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.

Ahora bien, sentado el piso mínimo supra descripto, encontramos al momento, y de forma minoritaria, precedentes jurisprudenciales armónicos con posturas doctrinarias las cuales sostienen la relevancia y pertinencia de la insignificancia en estas conductas –de antemano- típicas.

El Dr. Raúl E. Zaffaroni desarrolló su clásica y reconocida teoría de la tipicidad y atipicidad *conglobante*.

Sobre la base de lo expuesto, el actual juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que, en el análisis del tipo objetivo, deben distinguirse por un lado una función *sistémica*, la cual permite afirmar la existencia de un *espacio problemático*, y por otro, una función *conglobante* la cual permitirá averiguar la existencia de conflictividad. Al respecto refiere que “no basta con la consideración aislada del tipo, sino

que debemos valernos de la misma fórmula legal considerada como parte de todo un conjunto orgánico normativo (el orden normativo), es decir, conglobada con todo el resto de normas vigentes” (Zaffaroni, 2014:356-357).

Afirma Zaffaroni que:

La consideración conglobada de las normas que se deducen de los tipos penales, es decir, su análisis conjunto, muestra que tienden en general, como dato de menor irracionalidad, a prohibir conductas que provocan conflictos de cierta gravedad. No se trata de sólo una manifestación del principio de última ratio, sino del propio principio republicano, del que se deriva directamente el principio de proporcionalidad, como demanda de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición (Zaffaroni, 2014:472).

Haciendo una interpretación conforme a los principios referenciados ante la ocurrencia de estos eventos, los mismos deberían hacer las veces de valladar infranqueable para los jueces aplicadores de la norma, los cuales deberán apartarse de todo tipo de soluciones de índole dogmática que disten ampliamente de un análisis concreto según las circunstancias particulares de cada caso.

Planteado ello, no resultará del todo aplicable la situación que, ante un hecho determinado como subsumido en una figura típico-penalmente relevante, la misma no sea analizada a la luz de una concreta lesividad, contemplando su significancia y la relevancia social que dicha conducta desplegó, así como también la racionalidad y proporcionalidad de la respuesta punitiva que pudiese haberle. Ello así toda vez que, como se ha explicado con anterioridad y tal como lo podremos observar en alguno de los precedentes que abordaré a continuación, el Derecho Penal a través de la tipificación de ciertas conductas, no pretende proteger todos los bienes jurídicos (lesionados), sino que intentará tutelarlos a efectos de su protección integral y abacartiva, lo cual nos lleva a concluir que podríamos encontrarnos frente a situaciones en las cuales la afectación, no supere el estándar

previsto por la norma y por ello quedaran excluidos del tipo. Situación tal que se verifica con las ínfimas lesiones en este caso al derecho de propiedad.

Es por ello que en este orden de ideas, la insignificancia de la afectación excluirá la tipicidad siempre y cuando la misma sea interpretada desde una visión *conglobada* de la norma. Así pues, la insignificancia solo podrá surgir a la luz de una función general que le dé sentido al orden normativo y, consecuentemente, a la norma en particular, la cual nos indique la exclusión de dichos supuestos en el ámbito de la prohibición, lo cual sería de difícil concreción, si la misma se estableciera a la luz de una consideración aislada (Zaffaroni, 1981:555).

Ahora bien, vasta jurisprudencia ha sostenido dicha postura con el correr del tiempo, la cual nos parece importante destacar brevemente, tenga o no en la actualidad un acogimiento mayoritario en la doctrina, a los efectos de generar una mayor claridad de las tesis anteriormente establecidas:

En primer término, estimamos útil reseñar un fallo de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, de fecha 10 de julio del año 2017, en donde se trató un recurso interpuesto por la defensa, donde una persona había sido descubierta por personal de seguridad en una perfumería, sustrayendo *dos desodorantes y un jabón*, y en donde el sindicado fue condenado en primera instancia por el delito de hurto en grado de tentativa³ a quince días de prisión.

Abierto a debate y admitido el remedio procesal interpuesto, la Cámara de Casación Nacional encabezó su resolutorio con el voto del Dr. Daniel Morín, el cual realizó un amplio desarrollo de la problemática instaurada respecto los hechos “*bagatelares*” y su abordaje doctrinario y jurisprudencial en la actualidad, en donde luego por unanimidad (Dres. Morín, Niño y Sarrabayrouse), se hizo lugar al recurso interpuesto, se casó

³ Cámara Nacional de Casación en Lo Criminal y Correccional - Sala 2, “*Cutule, Pablo Alejandro s/hurto en tentativa*”, 10.07.2017. Recuperada de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/fallos45935.pdf>

la resolución del Juzgado Nacional en lo Correccional Nro. 6 y se absolvió al imputado por el delito acusado.

La Sala II arribó a la conclusión que la acción imputada al encartado en autos resultó atípica, visto que *el hurto de dos desodorantes de pie y un jabón* encarna un supuesto que ofrece un mínimo disvalor objetivo del acto donde, por ejemplo, en un primer momento no fueron contempladas las circunstancias personales del imputado (tal como lo fueran su desempleo, su nivel de instrucción elemental y que el mismo es una persona en situación de vulnerabilidad como portador de VIH), así como tampoco se habían contemplado las particularidades del hecho, habiéndose hecho cargo el encausado de la imputación y contribuido a su esclarecimiento. A su vez, se señala que respecto el caso en particular, la sustracción se efectuó sin violencia y los elementos habían sido recuperados por el establecimiento, no merituándose siquiera el daño concreto en relación a la víctima. Así pues, la Cámara entendió que, en el caso, “el hurto de dos desodorantes y un jabón mal pudieron lesionar significativamente el patrimonio de la empresa “Farmacity”.

A su vez, se puede extraer del resolutorio (según el voto del Dr. Niño) que, la conducta resulta atípica en cuanto el principio de racionalidad de los actos de gobierno, impuesto por la forma republicana (cfr. art. 1 de la Constitución Nacional del año 1853):

Obliga al operador judicial del subsistema penal a ejercer un control de tipicidad conglobante o sistemática, tendiente a recortar el haz de proyección de la tipicidad legal en aquellos casos en que no haya afectación del bien jurídico, o esta no fuera significativa (con cita de: Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro: Derecho Penal. Parte General, Ediar, Bs. As., 2000, p. 485.).

En síntesis, el Dr. Sarrabayrouse arriba a la conclusión que:

Si la función del Derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos y que debe ser la última ratio del sistema, la conducta desplegada por [el imputado] no

afectó el patrimonio de “Farmacity” pues no sólo los productos que intentó llevarse son de un valor económico escaso sino que también fueron recuperados.

Ahora bien, además de la doctrina legal reseñada, otros precedentes han abordado las situaciones problemáticas en tratamiento, como por ejemplo la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en donde el Dr. Bunge Campos estableció que *no toda lesión al bien jurídico “propiedad” configura la afectación típica requerida*⁴.

Sentando postura respecto a dicha máxima, se ha expresado que se debe recordar que:

El patrimonio no es un elemento abstracto, sino un atributo de la personalidad, como tal no debe juzgarse en forma aislada, sino en relación con su titular. Lo que para uno es una afectación nimia e insignificante, para otro puede ser una afectación trascendente. Por ello, el análisis de la afectación al bien jurídico no puede hacerse en forma abstracta o meramente formal. Desde el punto de vista de la teoría del delito, la afectación del bien jurídico cumple una función limitante de la tipicidad, no integrándola, de modo tal que una lesión insignificante, resultaría, por ende atípica al no revestir entidad suficiente para demandar la intervención del Estado. En este punto debemos necesariamente recordar el carácter de última ratio del derecho penal.

Por su parte, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal (según los votos de la Dra. Ángela Ledesma y Alejandro Slokar), se ha encargado de expedirse al respecto⁵.

En el citado fallo del año 2012, en el marco de una causa en la cual se juzgaba a un individuo por el intento de apoderamiento

⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, 05/11/2004, causa n° 25.041, “Bargas”; Causa n° 28.348, 15/03/2006 “Gómez”; 20/06/2006, Causa “Bueno” y; 20/06/2006- Causa n° 31.326 “Rosich”, entre otras.

⁵ Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa 15.556, 8/05/12, caratulada “Gerbasi, H. H. s/recurso de casación”, registro n° 20.751

de *dos piezas de carne del interior de un supermercado "Día"*, la Dra. Ledesma esbozó que en los sistemas inquisitivos como los que mayormente encontramos en la órbita de la justicia federal, en parte de sus horizontes tienen como epicentro a la infracción al orden interno y no en el abordaje del conflicto. Así pues, del fallo se desprende que:

Basta con la mera lesión al ordenamiento para que se articulen de manera automática (y muchas veces irracional) todos los mecanismos burocráticos estatales de persecución penal, sin una finalidad encaminada a ordenar esa conflictividad, gestionarla y finalmente dar soluciones específicas. En sentido opuesto, los sistemas de justicia de bases más democráticas, se fundan en la noción de conflicto, lo cual significa que se privilegia la resolución de los casos mediante parámetros de tolerancia y de no abuso de poder, con una clara atención al caso concreto, a la víctima afectada y al alcance del daño producido. Claramente, si la noción fundamental es el conflicto, su ausencia, o su mínima incidencia en el entramado social, determinan la retracción de los poderes punitivos para abrir camino a otro tipo de respuestas menos violentas.

En el mismo sentido, el Dr. Slokar advirtió que, respecto la irracionalidad del sistema, el mismo:

No ofrece respuestas diferenciadas de acuerdo a la problemática concreta del caso, sino que aplica automáticamente la violencia estatal frente al mero incumplimiento. Esta lógica atenta contra una buena administración de justicia, pues impide que los esfuerzos de jueces, fiscales y funcionarios se oriente a los casos de mayor complejidad y/o trascendencia social (...) hay una discriminación que es estructural del poder punitivo, empero, al mismo tiempo, existe una mecánica que puede llevar a los funcionarios actuantes a extremos tales de perder toda estimativa jurídica, impulsando el proceso y hasta acelerando el juicio para justificar demoras y adoptar decisiones que -prefiero así sospecharlo- deben repugnar a su propia conciencia.

Para finalizar el presente análisis y no caer en reiteraciones inútiles, nuestra jurisprudencia cuenta con muchos antecedentes que excluyen la tipicidad de los hechos que poseen una ínfima o menor lesividad siempre que se tenga especial consideración en las circunstancias particulares del caso (*Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V -10/06/2010- Causa n° 39.227 “Brizzolaro, Marta Isabel”*; *in re: causa n° 38.573 -3/3/2010- “Ramos”*; *Causa n° 267 de la Sala de FERIA ” -28/1/09- “Drogo”*; *Cámara Nacional de Casación Penal, sala III -8/6/2004-, “Ruiz de la Vega, Carolina”*; *entre muchos otros*).

ii. Perspectiva procesal y los criterios de oportunidad

Ahora bien, siguiendo el orden de ideas respecto del abordaje de la injerencia del principio de insignificancia en el delito de hurto por cuanto al menor o ínfimo valor de la cosa sustraída, podemos observar la corriente que pregona su fundamento desde una órbita o faz *procesalista*.

Dichas tesis presentan la solución como una circunstancia ajena a la tipicidad de la conducta atribuida independientemente del mayor o menor valor de la cosa sustraída y establecen que, a sus efectos, debe acudirse a *criterios de oportunidad* que den cuenta de la ajenidad de los hechos significantes en la órbita del Derecho Penal.

Antes de adentrarme en la cuestión, huelga hacer mención que en nuestro sistema, la aplicación del principio de oportunidad puede estar íntimamente relacionado con posturas utilitaristas o legitimantes del fin y los límites a la imposición de las penas.

Vale decir que, podremos vincular al principio de oportunidad con finalidades político-criminales utilitarias, ya sea respecto la penalización o despenalización de ciertas conductas o bien con el intento de derivar comportamientos punibles hacia formas de tratamiento de conflicto y soluciones alternativas ajenas al Derecho Penal.

Siguiendo la tesisura del maestro Maier (2004:835-836), la afirmación del principio de oportunidad resulta un intento por redireccionar la selección según fines concretos, tendientes a racionalizar el sistema. Es por ello, que establece que *oportunidad* significa:

La posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales.

En nuestro sistema, donde en la mayoría de los códigos rituales se encuentran regulados estos criterios de oportunidad con los cuales cuenta el Estado titular de la acción penal (a cargo del Ministerio Público Fiscal), no debe negarse que dicha herramienta hace las veces de racionalizadora de la selectividad intrínseca con la que cuenta el sistema penal, y que, al darle al Fiscal la potestad de dejar de lado aquellos hechos en donde se contemple innecesaria la aplicación del *ius puniendi*, se contribuye así a una eficiencia real del sistema, posibilitando excluir los hechos de menor entidad (como los hurtos bagatelares en tratamiento, por ejemplo) y dejar así librado el sistema a efectos de darle tratamiento a aquellos casos que indudablemente requieren la efectiva intervención de la justicia penal (Guariglia, 1993:88).

Dicha herramienta con la que cuenta el titular de la acción penal ha sido receptada en provincias como Río Negro, Mendoza, Neuquén, La Pampa, Chubut y Buenos Aires entre otras, lo cual reduce aún más el margen de actuación en torno a este tipo de delitos.

En relación a ello, por ejemplo, bien reza el Código Procesal Penal bonaerense, no dando margen a interpretación diferente respecto dicho principio que, el Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos

imputados, o de uno o más de los partícipes, en los siguientes supuestos: “1. Cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante y siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los seis años de prisión [...]”. (Código Procesal Penal de Buenos Aires, Ley 13.943, 2009, art. 56 bis)

A su vez, el actual Código Procesal Penal de la Nación (cuya denominación actualmente ha sido modificada a Código Procesal Penal Federal), recepta que:

Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes: a) Si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público [...] (Código Procesal Penal Federal, Ley 27482, 2019, art. 31)

Cabe destacar que, dichas facultades fueron convalidadas por la incorporación del inciso 5° al artículo 59 del Código Penal, que lo contempla como causal de extinción de la acción penal al legislar la misma ante “la aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes” (Ley 27.147, 2015, art.59).

Para finalizar con el presente análisis, creeríamos que en el caso en estudio, desconocer la relevancia del Ministerio Público Fiscal en cuanto a la aplicación de criterios de oportunidad y su concreción en cuanto a los criterios especiales de archivo reglados, atentaría contra un adecuado sistema penal en donde se pondría de manifiesto una cierta selectividad delictiva haciendo énfasis en sectores vulnerables y la imposición de su *castigo* por las sustracciones de objetos de ínfimo valor patrimonial. Asimismo, estimamos que ello haría caso omiso e incurriría en un *descuido* respecto los delitos más complejos que sí incidan al sistema y contemplen a una afectación mucho más significativa dentro de la sociedad, atendiendo así a criterios político-criminales ante lesiones de una gravedad superior respecto los bienes jurídicos los cuales el legislador pretendió resguardar.

b. Rechazo del principio de insignificancia como causal de exclusión típica respecto ciertas conductas lesivas

Culminando con la exposición, resta por desentrañar lo argumentado por la corriente que rechaza la aplicación de estos criterios como excluyentes de la tipicidad en las conductas mencionadas.

Observamos un sector mayoritario de la doctrina, el cual recepta y adhiere a la tesis entendedora respecto la irrelevancia de la magnitud del valor patrimonial del objeto sustraído como elemento tipificante de la conducta delictiva.

Soler (1970:214) sostuvo oportunamente que en relación con el valor de la cosa, “este delito, está calificado por la ley, como delito contra la propiedad y este derecho es independiente del valor económico de cambio que el bien mismo puede tener”. Seguidamente, arguyó que bastará con que “[...] una cosa tenga el carácter de tal, y que esté en el patrimonio de alguien, para que pueda ser objeto de hurto, aun cuando ella carezca de valor para los demás, inclusive para el ladrón [...]”.

En consonancia con lo sostenido por Sebastián Soler, también toman postura Creus y Buompadre (2013:430) respecto la cosa y su valor patrimonial. Así pues, para los autores “el valor patrimonial de la cosa no coincide estrictamente con su valor económico, en cuanto éste se entienda como valor de uso o cambio”, por lo que “[...] el nulo o ínfimo valor de la cosa en ese sentido no le quita el carácter de objeto de delito” lo cual concuerda con amplia jurisprudencia nacional que se ha expedido al respecto.

En este orden de ideas, parecería ser que para la mayoría de la jurisprudencia en el territorio nacional, fue determinante la afirmación respecto que “todo injusto penal requiere la afectación -sea por vía de lesión o peligro- del bien jurídico. La afectación a aquél existe o no existe, se da o no se da y aún cuando la lesión sea mínima, en alguna medida ha sido vulnerado”⁶.

⁶ Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala de FERIA, 23/01/2004, “Álvarez Rodríguez y otros”. Sumario SAIJ: FA04060030. Recuperado de: <http://www.saij.gov.ar/camara->

Así pues, en orden a las diferentes posturas adoptadas respecto la insignificancia, la postura mayoritaria que rechaza la no punibilidad de los hurtos bagatelares siempre se ha valido de un precedente, no menos importante claro, que data del año 1986. El mismo posee una antigüedad de treinta y cuatro años, al cual ha sido refutado en alguna oportunidad por fallos de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, debido a la vetustez con la cual data el mismo⁷.

El 25 de septiembre de 1986, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se expidió en su *leading case* “Adami”, respecto la improcedencia de defensas en cuanto al principio de insignificancia en los hurtos bagatelares, estableciendo su postura de manera que no dio lugar a interpretación en contrario.

Así fue que el máximo tribunal nacional estableció que:

De la manera que se encuentra legislado el hurto, cualquiera sea la afectación del bien tutelado que resulte como consecuencia del apoderamiento ilegítimo, en tanto no se prevén grados ni límites, hace que la conducta quede comprendida en el referido artículo 162. La insignificancia solo puede jugar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de ese carácter. Es que no se atiende a la entidad de la lesión patrimonial, sino a la violación al derecho de

nacional-apelaciones-criminal-correccional-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-alvarez-rodriguez-tabare-otros--fa04060030-2004-01-23/123456789-030-0604-Oots-eupmocsollaf?

⁷ Al respecto, en el voto disidente de la Causa “Gerban” de la Sala VII de la Cámara Nacional Criminal y Correccional que data del 31/03/2009, el Dr. Mauro Divito esbozó que la Corte adoptó la postura con el voto de la mayoría conformada por los jueces Caballero, Belluscio y Fayt, pero que sin perjuicio de ello, “la conformación del alto tribunal ha variado, a tal punto que hoy en día queda solamente uno de los jueces que suscribieron la opinión mayoritaria en “Adami” (el juez Fayt), y que uno de sus miembros (el juez Zaffaroni) es quien, en esa misma causa, había emitido el voto principal en la sentencia de segunda instancia que finalmente fue revocada. También cabe apuntar que la Corte Suprema -en su actual composición ha reconocido que el derecho penal debe funcionar como la ultima ratio del ordenamiento jurídico (cfr. considerando 6° del voto de la mayoría -jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni- en el fallo “Acosta, Alejandro Esteban”, de fecha 23/4/2008) y es sabido que, conforme a dicho criterio, el poder penal del Estado debe emplearse solamente frente a los ataques graves contra bienes jurídicos, lo que permite excluir del ámbito de lo punible aquellas conductas que los afectan en forma mínima (cfr., en este sentido, Marum, ob. cit., p. 37).

propiedad, independientemente del mayor o menor valor de la cosa, aspecto que es relevante sólo a los fines de graduar la pena (CSJN, Fallos 308:1976, 25/09/1986).

Sentada la postura del tribunal cimero en el año 1986, innumerables judicaturas de primera instancia y superiores se han expedido en el mismo sentido.

En ellas, el menor o mayor valor de la cosa sustraída no es considerado como elemento indispensable para valorar la tipicidad o atipicidad de la conducta, por lo que la lesión del derecho a la propiedad subsiste de cualquier forma, entendida ella en el sentido amplio asignado por la Carta Magna nacional la cual arribaría a la situación que dicho principio *deba ser meritudo por el Juez al momento de graduar la pena a imponer en el caso concreto*⁸.

III. Conclusiones y toma de postura

Llegando al final de este trabajo, se intentó abordar acabadamente el problema desde las corrientes doctrinarias más significantes existentes a la actualidad, lo cual, sin perjuicio de ello, estimo que las aguas se encontrarán divididas hasta tanto no se establezcan legislativamente, al menos, ciertos parámetros que permitan su delimitación.

Resulta a todas luces visible la problemática suscitada en los tribunales nacionales y provinciales respecto de las causas que se instruyen y tramitan, las cuales insume un mayor gasto público el mero hecho de sostener su tramitación que el bien jurídico (patrimonial) en sí que se intenta o intentó dañar, por lo que resulta de ardua tarea arribar a una solución armónica con la letra de la ley y los principios rectores del Derecho Penal que imperan en la materia.

⁸ Cám. Nac. Crim. y Corr., sala VI, 1/3/2007 – Rosich, Eric. A.; C. Nac. Crim. y Corr., sala I, 11/12/2006 - Casafú, Omar D.; C. Nac. Crim. y Corr., sala VII, 10/03/2011 - B., D. A., ídem causa nro. 27.815 - Castaño, Miguel A., rta. 06/06/05., ídem causa nro. 29.243 - Gil, Marcelo, rta. 26/05/06, TCPBA, Sala IV, causa N° 55.114, D.L.E. S/ recurso de casación, 14/05/2013.

Vimos a su vez cómo el Código Penal Argentino en su redacción, vuelve a generar un cortocircuito, culpa de la ambigüedad (o quizás voluntad del legislador...) con la cual cuenta la figura penal en estudio y más aún el tipo de bien jurídico protegido en estos casos.

Sin perjuicio de entender de manera sólida los argumentos vertidos por la doctrina al respecto, se pueden observar dos grandes problemas que hacen de difícil solución ante el suceso de conductas análogas a la hora de ingresar al sistema judicial:

En primer lugar, se logró advertir que estamos en presencia de una vaguedad y una ambigüedad terminológica que muchas veces se enfrenta a la dificultad que hace que no se pueda arribar a una solución con claridad, visto que resulta de su lectura una falta de precisión que no permite arribar a la conclusión con seguridad respecto de cuándo estamos ante algo insignificante, o cuándo el objeto resulta tan inocuo al patrimonio del sujeto pasivo de la conducta delictiva lo cual lo hace *insignificante*.

Respecto a ello, estimo adecuada o prima facie válida, la idea respecto que un análisis de la afectación al bien jurídico “propiedad” (con el alcance brevemente mencionado a lo largo de este trabajo), no puede hacerse en forma abstracta, sino que tomando como punto de partida para su análisis la teoría del delito y la afectación del bien jurídico como límite a la tipicidad de una conducta, de modo tal que una lesión insignificante, pueda resultar atípica por no poseer entidad suficiente para requerir la intervención estatal y dar comienzo a su *ius puniendi*. Es por ello también que como se explicara con anterioridad, no debe perderse de vista el principio general de ultima ratio del Derecho Penal, por lo que a la hora de realizar un estudio dogmático y típico de la conducta imputada debe hacerse en un todo conjunto, y no de manera aislada.

Por otro lado, advierto también un segundo problema. Tornar aplicable la teoría de la insignificancia o tomar como punto de partida para el tratamiento de las conductas presuntamente ilícitas abordadas, teorías como la de la tipicidad y atipicidad

conglobante brevemente reseñada al comienzo del trabajo, llevarían a una suerte de confusión entre la función de los jueces a cargo de aplicar las normas y el encargado de diseñar las políticas criminales, por lo que advertiría un nuevo cortocircuito, ni más ni menos, entre dos poderes como lo son el Legislativo y el Judicial. Ello así, toda vez que el abordaje de las conductas, prima facie reprochables por parte del juez, lo conduciría a ejercer tareas que no le son propias, por estarle vedado a éste y estar asignadas al Congreso de la Nación.

Como ya fuera desarrollado, sin perjuicio de tornarse de aplicación armónica con la ley fondal la existencia y utilización de criterios de oportunidad en cabeza del titular de la acción penal, advierto que el avance de las causas y las conductas reprochables de esta magnitud, hacen que la reacción penal juegue un papel desproporcionado, más aún cuando estamos en presencia de lesiones mínimas o insignificantes, dado que ello no conmueve el manto de tipicidad de la conducta enrostrada al sujeto activo del delito.

Es por ello que en el presente caso, de no haberse acudido a criterios de oportunidad o archivo especial durante la etapa investigativa, podría acudirse a métodos alternativos de resolución de conflictos, los cuales al fin y al cabo, han sido establecidos por el legislador a los efectos de evitar la estigmatización que conlleva el sometimiento del imputado a procesos de esta clase y la amenaza de una eventual imposición de una pena, frente a la posibilidad de arribar a una solución del conflicto que intente satisfacer los intereses de las víctimas y permita así intentar en los mismos la asimilación de ciertas pautas de conducta de una manera no represiva, tales como podrían ser los institutos de la mediación penal o la suspensión del juicio a prueba.

IV. Bibliografía

Creus, Carlos (1998) *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I, 6ta. Edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires.

- Creus, Carlos y Jorge Enrique Buompadre (2013) *Derecho Penal, Parte Especial*. Tomo I, 7ma edición. Editorial Astrea. Buenos Aires.
- Donna, Edgardo Alberto (2007) *Derecho Penal: Parte Especial*. Tomo II. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires.
- Guariglia, Fabricio (1993) “Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad” en *El Ministerio Público en el proceso Penal*. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires.
- Maier, Julio Bernardo José (2004). *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Tomo I 2da. Edición. Editorial Del Puerto. Buenos Aires.
- Roxin, Claus (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid.
- Soler, Sebastián (1970) *Derecho Penal argentino*. Tomo IV. Editorial Tea. Buenos Aires.
- Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires (2013) *D.L.E. S/ recurso de casación*. En línea en: www.saij.gob.ar/camara-nacional-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-otro-recurso-casacion-fa13261005-2013-02-21/123456789-500-1623-1ots-eupmocsollaf
- (2017) *Tello, Daniel David s/ recurso de casación*. En línea en: [www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=37254&n=Ver%20Sentencia%20\(78444\).pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=37254&n=Ver%20Sentencia%20(78444).pdf)
- Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 1 de Necochea (2014) *Oliveres Mario Alberto s/ robo en agravado por efracción*, Buenos Aires, Argentina.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio (1981) *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo III. Editorial Ediar. Buenos Aires.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2014) *Manual de Derecho penal: Parte General*. Editorial Ediar. Buenos Aires |

Un breve análisis en torno al uso de los tipos omisivos y la necesaria incorporación de la perspectiva de género en la aplicación de la dogmática penal

A brief analysis of the use of omission types and the necessary incorporation of the gender perspective in the application of criminal dogmatics

Uma breve análise do uso dos tipos de omissão e a necessária incorporação da perspectiva de gênero na aplicação da dogmática criminal

Une brève analyse de l'utilisation des types d'omissions et de la nécessaire incorporation de la perspective de genre dans l'application de la dogmatique criminelle

遗漏的犯罪主体和性别

*Yael Zygielman Tale*¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 277-290

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e424>

Recibido: 01/03/2020

Aprobado: 01/04/2020

¹ Abogada. Universidad Nacional de La Plata (UNLP) / Finalizando carrera de Especialización en Derecho Penal (UBA). Docente ayudante de primera categoría (interina) en la Cátedra I, de Derecho Penal I, a cargo del Dr. Slokar.W.A, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata. Directora de Lucha contra la Violencia Institucional de la Subsecretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6810-803X>).

Resumen: El texto se propone complejizar desde una perspectiva crítica, el trato que los juzgadores dan a los delitos omisivos, cuando las que resultan imputadas son mujeres que se apartan de lo que consideran “un buen rol de madre”. En estos supuestos bajo la apariencia del uso dogmático de la teoría, las sentencias recurren a argumentos derivados de la propia moral y en el análisis no tienen en consideración la historia de vida y la situación personal de estas mujeres.

Palabras clave: rol de madre, mujer, moral, perspectiva crítica.

Abstract: This work aims to make more complex, from a critical perspective, the treatment that judges give to omission crimes, when those who are accused are women who deviate from what they consider “a role as a good mother.” In these cases, under the guise of dogmatic use of the theory, the sentences resort to arguments derived from morality itself and in the analysis they do not take into account the biography and particular situation of these women.

Keywords: maternal role, woman, moral, critical perspective.

Resumo: O texto visa tornar mais complexo, de uma perspectiva crítica, o tratamento que os juízes dão aos crimes de omissão, quando os acusados são mulheres que se desviam do que consideram “um bom papel de mãe”. Nestes casos, a pretexto de uso dogmático da teoria, as frases recorrem a argumentos derivados da própria moralidade e na análise não levam em consideração a história de vida e a situação pessoal dessas mulheres.

Palavras-chave: papel da mãe, mulher, moral, perspectiva crítica.

Résumé: Le texte vise à rendre plus complexe, d'un point de vue critique, le traitement que les juges accordent aux crimes par omission, lorsque les accusés sont des femmes qui s'écartent de ce qu'elles considèrent comme «un bon rôle de mère». Dans ces cas, sous couvert d'un usage dogmatique de la théorie, les phrases recourent à des arguments issus de la morale elle-même et dans l'analyse elles ne prennent pas en compte l'histoire de la vie et la situation personnelle de ces femmes.

Mot-clés: Rôle de la mère, de la femme, moral, perspective critique.

摘要: 案文旨在从批判性的角度出发, 使被指控的人是偏离了她们认为的“母亲的好角色”的妇女, 从而使法官对遗漏罪的处理更为复

杂. 在这些情况下, 以教义主义为幌子, 这些句子诉诸于道德本身的论点, 而在分析中, 它们没有考虑这些妇女的生活史和个人情况.

关键字: 母亲的角色, 女人, 道德, 批判的观点

I. Un breve análisis en torno al uso de los tipos omisivos y la necesaria incorporación de la perspectiva de género en la aplicación de la dogmática penal

En este trabajo complejizaremos desde una perspectiva crítica, el trato que los juzgadores dan a los delitos omisivos, cuando las que resultan imputadas son mujeres que se apartan de lo que consideran “un buen rol de madre”. En estos supuestos bajo la apariencia del uso dogmático de la teoría, las sentencias recurren a argumentos derivados de la propia moral y en el análisis no tienen en consideración la historia de vida y la situación personal de estas mujeres.

Desde nuestra perspectiva la dogmática penal es una herramienta necesaria de construcción teórica que fue pensada para limitar la arbitrariedad del poder punitivo y, por ende, no debe ser usada para filtrar preconcepciones y estereotipos, por el contrario, debe tener en su horizonte de consideración el contexto en el que se desarrolla el hecho típico que se le atribuye a una persona y servir de contención a la arbitrariedad.

II. Nuestra visión del Derecho y un posible horizonte

Para comenzar este trabajo, es necesario puntualizar que partimos de la concepción de que el derecho es entendido no solo como conjunto de normas que regulan una sociedad determinada, sino como un artefacto de poder, que al igual que toda construcción de saber, no se define por ser una ciencia objetiva e imparcial, sino que por el contrario se inscribe y desarrolla en cierto contexto, de acuerdo a los valores de la época y a las estructuras de poder de cada sociedad. En este sentido si pensamos al saber jurídico como uno de los mecanismos de

control de nuestras sociedades, no podemos pensarlo objetivo, sino que justamente en su pretensión de objetividad esconde su contenido performativo y regulador mediante el cual se sostienen estructuras de poder que fijan, invisibilizan y jerarquizan los géneros, regulando la forma de ser y participar en una sociedad determinada. Decimos que el saber jurídico y en este caso el derecho penal, invisibiliza porque al estructurarse binómicamente (hombre-mujer) niega otras identidades, fija porque establece el rol que compete a cada género dentro del binarismo y jerarquiza, porque regula y sostiene relaciones de poder que resultan a per se, desiguales.

La perspectiva de género nos ayuda a complejizar sobre la falsa neutralidad de estos conceptos ideales, “buena esposa”, “buena víctima”, “buena madre”² conceptos naturalizados y utilizados por los juzgadores, que esconden bajo la pretensión de lo natural, una desigualdad. En este sentido los casos que analizaremos en este trabajo, traen consigo una carga de estereotipos, que buscan aleccionar a quienes se corren del “ideal de mujer” y de lo que se considera ser una “buena madre”, creemos que no es la dogmática penal en este caso el problema en sí mismo, sino el mal uso que se hace de ella por parte de los juzgadores.

En este sentido encontramos que las mujeres participan de la agencia punitiva al menos de dos maneras: Como víctimas y como posibles autoras de delitos, aquí podríamos preguntarnos para complejizar quienes son seleccionadas la agencia penal ¿a quienes se criminaliza y en función de que se lo hace? ¿cómo interviene la matriz de género a la hora de criminalizar a las

² La autora Carol Smart (1994) en el texto “la teoría feminista y el discurso jurídico” Entiende que el derecho opera como una tecnología del género, como un proceso de producción de identidad de género, en lugar de pensar que asigna roles a identidades ya constituidas. En este sentido “la Mujer”, es una identidad simbólica, a la cual se le asigna determinadas características en contraposición al hombre y en contraposición a otras mujeres que se aparten de ese ideal (mujeres delincuentes, prostitutas, malas madres, malas víctimas). SMART, Carol. «La teoría feminista y el discurso jurídico». En BIRGIN, Haydée (comp.) El Derecho en el género y el género en el Derecho. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.

mujeres? ¿porque delitos se criminaliza más a este colectivo? ¿se lo hace en base a estereotipos? ¿Por qué las imputaciones resultan menos precisas?

De esta manera se puede ir construyendo estrategias que permitan visualizar y visibilizar que el género también debería ser una categoría de análisis real y concreta para el derecho penal, porque en lo óptico lo es. Invisibilizarlo bajo la pretensión de objetividad del derecho, jerarquiza una desigualdad que le prexiste.

III. Una aproximación previa y necesaria: Los tipos penales

Encontramos en nuestro Código Penal, en su parte especial la enumeración de variados delitos: En base a su estructura típica, los podemos dividir en delitos dolosos y culposos y a su vez pueden estos pueden ser activos u omisivos.

Cabe destacar que según la teoría a la que adherimos³, para el desarrollo de los delitos omisivos, partimos de la tipicidad de los mismos, por entender estos autores, que no existe a nivel pre-típico otras formas de expresión humana que no sean conductas (hacer dirigido a una finalidad determinada). En este encuadre la omisión resulta de naturaleza normativa. La omisión, consiste en un hacer diferente al ordenado por el tipo.

Según esta doctrina, en los delitos dolosos se sanciona a quien guio su finalidad, concretándola en un resultado querido y buscado. En los delitos culposos en cambio, lo que se sanciona es la violación a un deber de cuidado, cuando el sujeto, en la puesta en marcha de un proceso causal, viola un deber de cuidado que le indicaba actuar de determinada manera y produce un resultado lesivo.

En los delitos activos, el tipo penal describe art 79 C.P “el que matare a otro” un hacer, mientras que el mandato de la norma derivada del tipo enuncia un mandato de no hacer “no

³ Adherimos a la tesis funcionalista conflictiva de Zaffaroni, Alagia y Slokar.

mataras”. En los delitos omisivos en cambio el tipo penal describe de forma negativa la conducta 108 C.P “el que omitiere dar el auxilio necesario” y la norma deducida del tipo resulta imperativa, ordenando un hacer “auxiliaras”. Cabe destacar que esta forma de entender la construcción de los tipos penales y la subsecuente teoría de las normas utilizada, es para una parte de la dogmática⁴ y no compartida por toda.

La estructura de los delitos de omisión dentro de la teoría del delito, es la estructura más endeble en su construcción teórica y menos investigada, la estructura mas desarrollada es la dolosa activa. Esto puede tener diversas causas, Zaffaroni plantea que su desarrollo dogmático comienza por los delitos dolosos activos porque son los mayormente tipificados en el código penal y en base a esa estructura desarrolla los siguientes, dejando poco lugar para los omisivos. Ello podría dar cuenta de la poca investigación que nuestra dogmática le ha dado a este tipo de delitos y la falta de armonización con el resto de las estructuras típicas, por ende, nos encontramos frente a un problema complejo.

A continuación, pondremos en tensión el uso que da la jurisprudencia a los delitos omisivos, para criminalizar a las mujeres que se apartaron de su rol de “buena madres”, uso que creemos que justamente ocurre en virtud de la abstracción y falta de claridad y desarrollo dogmático en este tipo de estructuras.

IV. El dato óntico: Los casos de mujeres imputadas o sentenciadas bajo la modalidad omisiva, por violar su deber de garante: “Las malas madres”

Cabe destacar, que el efecto derivado de la ausencia de la falta de perspectiva de género, lo pagan las mujeres criminalizadas, mediante encarcelamientos preventivos y sentencias fundadas en preconcepciones y estereotipos. Lo que no solo resulta

⁴ Manual de Derecho Penal Parte General Ed. Ediar,. 2006 Zaffaroni, Alagia y slokar

injusto, sino que violenta las convenciones internacionales con jerarquía constitucional.⁵

El caso de Kalyna⁶, es una de las tantas sentencias en donde se juzga a las mujeres por el desempeño del rol de madre, pero también queremos mencionar el caso de Yanina Farias⁷ acusada del homicidio agravado por el vínculo, cuando su pareja mata a su niño, pese a ser ella misma víctima de violencia, le imputan el delito de homicidio en la modalidad de comisión por omisión. Se la acusa por una pena más grave que al propio homicida al no intervenir en evitar el acontecimiento. Estuvo dos años en prisión preventiva, resultado absuelta. El caso de Yanina Gonzales⁸ es similar, acusada del delito de abandono de persona seguida de muerte y privada de la libertad preventivamente durante dos años.

Cecilia Hopp⁹, expresa lo siguiente: “Estas imputaciones se basan en estereotipos e idealizaciones sobre los deberes de una buena madre, y omiten considerar la situación de la mujer. Se ignoran contextos de violencia habitual y los efectos de la violencia en la capacidad de las víctimas de cumplir con el rol esperado. La violencia contra las mujeres permanece invisible frente a la victimización de sus hijos y se sitúa a la madre como

⁵ Recordemos aquí que el derecho internacional marca la necesidad de que el accionar del Estado se encuentre libre de estereotipos. Tanto la “Convención Belém Do Para”, como la CEDAW, obligan al Estado a la modificación de los patrones culturales que sustentan los estereotipos. En específico la recomendación N° 33 de la CEDAW, encomienda a los Estados a que apliquen mecanismos que garanticen que las normas probatorias, investigaciones y otros procedimientos probatorios jurídicos y cuasi judiciales sean imparciales y no estén influenciados **por prejuicios o estereotipos de género**.

⁶ Causa N° 9125 –Sala II– “Kalyna, Silvia Noemí y otro s/ recurso de casación”

⁷ Para nombrar solo algunas, encontramos el reciente caso de Yanina Farias quien paso 2 años presa preventivamente acusada por omisión, en el delito **de homicidio agravado** por el vínculo, al no haber hecho nada para impedir que su pareja matara al niño: https://tn.com.ar/policiales/absolvieron-yanina-farias-la-mujer-que-estuvo-detenido-casi-dos-anos-por-no-evitar-que-su-pareja_964289 . <https://www.pagina12.com.ar/185209-acusada>

⁸ Causa 14.997 T.O.C 2 de San isidro.

⁹ Maternidad y delito: Una agenda para el feminismo. En Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 17 (marzo de 2017).

victimaria. De esta forma, el derecho penal exige a las mujeres sacrificios heroicos para proteger a sus hijos e ignora los riesgos que suponen la separación y la huida. En definitiva, se minimizan los esfuerzos infructuosos de las mujeres para hacer cesar los ataques.”

Kalyna¹⁰ resulta condenada por el Tribunal Oral Criminal por abandono de persona, seguida de muerte agravado por el vínculo en el año 2007 y luego absuelta por el Tribunal de Casación Penal en el año 2013 (esta última revisión sí tuvo en consideración los antecedentes de violencia de género sufridos a manos de su pareja y evaluó su historia de vulnerabilidad, donde se implicaban abusos sexuales, violencia y abandono¹¹). Kalyna era madre soltera¹² (vale mencionar que nunca se preguntaron los juzgadores dónde estaba el padre biológico del menor) ya que podríamos hablar allí de un abandono de persona por parte del padre, si usamos los mismos parámetros. Sin embargo, nadie se lo preguntaría.

Kalyna tenía a su cargo a un niño de 3 años y era trabajadora de un supermercado, el día del hecho concurre a su puesto de trabajo, dejando a su hijo al cuidado de quien fuera su pareja. Ella era el único sostén de familia y todo incumplimiento laboral repercutía en la percepción de su salario. Tenía planeado llevar a su hijo al médico luego de su jornada laboral. Ella no suponía que su niño se encontraba en un estado de peligro extremo (peritonitis aguda) a raíz de que el médico de la salita había visto al niño el día anterior, y no le había diagnosticado la peritonitis,

¹⁰ Causa N° 9125 –Sala II– “Kalyna, Silvia Noemí y otro s/ recurso de casación”

¹¹ El primer informe profesional respecto de Kalyna refiere a su historia de vida. Allí se informa que sufrió malos tratos en el ámbito familiar durante su infancia, que ello motivó que quedara al cuidado de sus abuelos, que durante aquel periodo su abuelo la violó, contando ella con aproximadamente apenas cinco años de edad. Luego fue entregada junto con sus hermanos a una familia sustituta, donde fue violada nuevamente y finalmente a sus ocho años, fue a vivir con su padre (fs. 29/30 del expte. 297/2005 del Juzgado Nacional en lo Civil N° 102).

¹² Según surge del fallo del Tribunal de Casación, en el voto del Dr. Slokar, en referencia a Kalyna quien “recordó que convivió con el padre biológico de M.K. durante tres años, pero que él la abandonó durante su embarazo”.

sino una afección hepática¹³ por ello Kalyna creía que el malestar del niño se debía solamente a un malestar hepático.

No obstante, el tribunal condena a Kalyna por abandono de persona seguida de muerte agravado por él vínculo. Considero que ella debía faltar a su trabajo, desconfiar de la palabra del médico de la salita y llevar nuevamente el niño a un especialista.

Según Hopp en “buena madre”, “buena esposa”, “buena mujer” donde aborda este caso: “El tribunal fundó su reproche sobre la base de la tranquilidad que evidenciaba la madre, a pesar de que su hijo se encontraba enfermo, asimismo, por haber antepuesto las obligaciones laborales antes de llevar al niño al médico. Los jueces de Casación observaron que el juicio se dirigió exclusivamente a evaluar la preocupación de KSN por su hijo y si se había mostrado consternada por su muerte, soslayando el interés por investigar los aspectos penales relevantes: si tenía dolo y quien había golpeado a la víctima”¹⁴.

¿No se le está pidiendo a estas mujeres un comportamiento heroico, en las circunstancias en las que se encontraban? ¿No se les está exigiendo una previsibilidad infundada e imposible en el ámbito de circunstancias reales en las que se encuentran? ¿El rol de madre se vuelve un criterio objetivo e ideal de actuación, que sobrepasa toda realidad óptica? ¿Se reemplaza el conocimiento y la voluntad que exige el dolo, por un criterio objetivo fundado en el deber por ser madre? ¿Deber que

¹³ Según surge del fallo del Tribunal de Casación, en el voto del Dr. Slokar lo que sí se pudo acreditar es que Kalyna llevó al niño al médico y que el profesional aventuró que se trataría de una afección hepática, recomendó una consulta con un pediatra, pero no consideró que la urgencia fuera tal que mereciera el auxilio de una ambulancia. También resulta claro, a partir de los dichos médicos, que la sintomatología de la peritonitis puede ser confundida con otros problemas de salud menos peligrosos -tales como el malestar hepático o una indigestión-, dolencias que no requieren atención médica de urgencia y que, según una razonable representación, podían ser atendidas luego del horario de trabajo de Kalyna. Es por tal motivo que se presenta infundado el reproche referido a que la mujer hubiera concurrido a su trabajo en lugar de llevar a su hijo de inmediato al hospital.

¹⁴ Hopp, Cecilia “Buena Madre”, “Buena Esposa”, “Buena Mujer”: abstracciones y estereotipos en la imputación penal.

desconoce la historia y vivencia de cada mujer concreta y real y su ámbito de autodeterminación, el cual parte de situaciones constelacionales diferentes?

Son todas preguntas, que recorren la dogmática penal en sus diferentes estratos analíticos y que permite establecer un derecho penal de acto y humanista, que intenta dejar atrás un determinismo biológico y positivista, donde se juzga mecánicamente y de acuerdo a la peligrosidad que me brinda el derecho penal de autor. Por ello creemos, deben ser estas mismas preguntas, respetuosas de un derecho penal de acto, las que incorporen la perspectiva de género, para interrogar sobre las mujeres y sus circunstancias, y no juzgarlas de acuerdo a este-reotipos, que no es más que un derecho penal de autor.

V. El Remplazo del Dolo, por criterio objetivo de Buena Madre

En la mayoría de estas sentencias se juzga bajo un criterio objetivo. La imputación se funda en el rol de buena madre, el cual resulta ser un criterio ideal, al que se acude, presumiendo y objetivando el dolo. Se antepone “el deber de madre” al conocimiento real y efectivo de la situación de peligro que requiere el tipo penal, por ejemplo, en la figura del abandono, artículo 106 C.P en su segunda modalidad “abandonar a su suerte a una persona”¹⁵ requiere que la persona conozca que está dejando a su suerte y en peligro a una persona, exigencias propias del dolo (conocimiento y voluntad) de lo que se realiza u omite o según otras teorías requerirá el conocimiento de la situación típica y la conciencia de la propia capacidad de acción¹⁶.

¹⁵ En las del art. 106 el núcleo es poner en peligro, colocando en situación de desamparo o abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse. En las del artículo 108 el núcleo está es omitir auxiliar.

¹⁶ “Si el dolo es aplicable a la omisión, puede afirmarse entonces que la voluntad de realización es aplicable a la omisión, por cuanto el conocer y querer las circunstancias del hecho son elementos fundamentales en casi todas las teorías del dolo.” Cilleruelo, Alejandro R. “Delito de omisión” Edición 1. Fecha 2015. Pág. 92 in-fine y 94.

Cuando se acude al criterio objetivo de buena o mala madre, se desconoce el hecho factico y las circunstancias que lo rodean, porque el rol de madre presupone que debía saber, conocer y proteger siempre y en todo momento a su hijo, aun cuando fácticamente no pudiera. Se implanta un dolo objetivo, derivado del rol y se le exige que debe conocer, aunque no lo haya hecho efectivamente. Se le exige más que a cualquier autor de delito, solo por el hecho de ser madre. A Kalyna por ejemplo, se le reprocho no haber llevado al niño a otro médico, haberse ido a trabajar, no volver a tiempo. **¿Y la finalidad de Kalyna dirigida a causar la muerte del niño, cuando se relevó?**

Cabe recordar que en una imputación a titulo doloso, para la corriente a la que adherimos, la persona debe conocer su obrar y dirigirlo a una finalidad determinada.

Para una mayor claridad analizaremos los elementos requerido en los delitos omisivos:

Se requiere en un aspecto objetivo¹⁷:

- Conocer la situación típica. (Que se abandona a alguien a quien se debe cuidar, 106 C.P)
- Exteriorización de una conducta diferente a la ordenada.
- La posibilidad física de realizar la conducta ordenada (posibilidad de evitar ese resultado, que se diferencia de la ausencia de conducta porque en este caso es la imposibilidad de realizar la acción ordenada, no toda acción) sin embargo en este punto hay controversias con otros autores.
- Nexo de evitación (un juicio hipotético que permite, establecer si actuando conforme la conducta ordenada, se hubiese evitado el resultado).

En un aspecto subjetivo:

- Se requiere el efectivo conocimiento de la situación típica (el abandono con su resultado, esto es la previsión

¹⁷ Según la teoría de Zaffaroni, Alagia y Slokar.

del desencadenamiento del curso causal, que se está dejando morir, 106 C.P, por ejemplo, al realizar una conducta diferente a la ordenada, una decisión deliberada de no intervenir, la inminencia del peligro para el bien jurídico, la posibilidad física de intervención, la posición de garante)

- Se debe representar la realización de la conducta debida y la vía por la cual evitarlo.
- Otra parte de la doctrina plantea también la voluntad de: Perjudicar el bien jurídico, lo cual se logra mediante el dominio del propio cuerpo (en su forma de inactividad) como medio para que se produzca un resultado. Con la finalidad requerida (voluntad final de permanecer inactivo).

Todos son elementos necesarios para construir una imputación penal por omisión, pero en estas sentencias observamos que nada de ello es tenido en cuenta. Por el contrario, el dato de realidad, nos arroja que se elaboran sentencias irracionales, que desconocen las circunstancias concretas de las personas concretas, y se presumen conductas dolosas, fundadas en roles abstractos.

Es paradigmático que en un principio la posición de garante de la que derivan el rol, fue usada para limitar la expansión del derecho penal, al limitar el círculo de autores a ciertos casos, y hoy en día esa posición es usada para ampliar los márgenes limitantes del dolo.¹⁸.

VI. Algunas conclusiones

A modo de síntesis, concluimos que el derecho no es objetivo, ni avalorado, y el análisis de algunos casos, en particular el de Kalyna, nos demostró que se condena a mujeres en base

¹⁸ En relación a las deficiencias del dolo, Cilleruelo expresa que “La cuestión intenta matizarse, sin éxito, construyendo un concepto artificial que se ha dado en llamar cuasi dolo, para dotar a la imputación de un aspecto subjetivo que en realidad así planteado, es solo aparente.” Cilleruelo, Alejandro R. “Delito de omisión” Edición 1. Fecha 2015 Pag 135.

a estereotipos. Que cuando se trata de delitos omisivos, esto se potencia aún más, al resultar los tipos omisivos, tipos abiertos que por su estructura (requieren de una valoración por parte de los jueces, para determinar el deber de garante en cada caso)

El deber de garante en estos casos, es fundado en preceptos sobre los que es un buen rol de madre (lo que además suponen objetivo y avalorado per se) y se condena a mujeres, sin demostrar intención alguna (dolo) de cometer ilícito penal. Es la madre (quien todo lo puede y todo lo debe) quien no cumplió con su rol, quien no impidió el resultado, la responsable, sin importar si quiso o no quiso, exigiéndole conductas heroicas, a modo que enunciaba Hoff.

Los procedimientos judiciales que analizamos, ya sea con meras imputaciones o sentencias firmes, se realizan sin elementos jurídicos que vinculen el accionar/omitir con el resultado acaecido, no respetan elementos mínimos y necesarios para realizar una imputación penal, o confirmada la imputación, no tienen en consideración ámbitos de autodeterminación muy restringidos.

También suelen fundarse en “deberes morales” no admitidos por nuestra Carta Magna, los que resultan extensivos de punibilidad y violan el principio de legalidad formal.

Esto sucede tanto con los delitos tipificados en el código penal en la modalidad omisiva, que para una parte de la doctrina son los únicos constitucionales, pero también sucede cuando se realizan imputaciones en la modalidad de comisión por omisión.

Concluimos que producto de una moral determinada y fundada en estereotipos, estas sentencias hacen un uso erróneo de la construcción dogmática del deber de garante, para fundar sentencias injustas que nada tienen que ver con un derecho penal de acto, se olvidan del dolo como elemento reductor y necesario y proceden a una imputación por mera responsabilidad objetiva, contraria a cualquiera manifestación de un derecho penal elemental.

Bibliografía

- Arduino, Ileana (2018) “Los hilos punitivos de la trama neoliberal: intercambios en clavefeminista” en *Emergencias: repensar el estado, las subjetividades y la acción política*. Editorial Ciccus. Buenos Aires
- Bodelon, Encarna (2003) *Género y sistema Penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal*. En línea en: http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH10/Bloque_academico/Unidad03/Genero_sistema_penal_derechos_mujeres_Bodelon.pdf
- Cilleruelo, Alejandro (2015) *Delito de omisión*. Editorial Cathedra jurídica. Buenos Aires.
- Gracia, Luis Martín (2004) *El finalismo como método real sintético, para la construcción de la teoría de la responsabilidad penal*. En línea en: www.criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-07.pdfm
- Hopp, Cecilia (2017) “Buena madre, buena esposa y buena mujer”, en *Género y justicia penal*. Editorial Didot. Buenos Aires.
- Olsen, Frances (2000) “El sexo del derecho”, en *Identidad femenina y discurso jurídico*. Editorial Blos. Buenos Aires.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1981) *Manual de derecho penal: parte general*. Editorial Ediar. Buenos Aires

Derroteros fundamentales de la cuestión de los principios en el pensamiento jurídico occidental del siglo XX

Fundamental courses of the question of principles in western legal thought of the 20th century

Derroteros fundamentais da questão dos princípios no pensamento jurídico ocidental do século XX

Chemins fondamentales de la question des principes dans la pensée juridique occidentale du XXe siècle

二十世纪西方法律思想中原则问题的基本走向

Alejandro González Monzón¹
Universidad de La Habana - Cuba

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 291-332

<https://doi.org/10.24215/25251678e425>

Recibido: 01/06/2020

Aprobado: 01/07/2020

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo presentar los derroteros fundamentales que ha asumido la cuestión de los principios en el pensamiento jurídico occidental del siglo XX. En este sentido, se identifican y desarrollan en sus aspectos esenciales cinco tendencias sobre

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad de La Habana (2017). Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Profesor de la Escuela de Formación Judicial del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba. Juez de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de la Habana. alejandrogonzalez@lex.uh.cu (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2612-7267>).

el tema, a saber: los principios desde el discurso ontológico-jurídico; los principios desde el discurso de la teoría de las normas jurídicas; los principios desde el discurso de la metodología de la aplicación del Derecho; los principios desde el discurso de la teoría de los derechos fundamentales; y los principios desde el discurso de la argumentación jurídica.

Palabras clave: principios, reglas, ponderación, derechos fundamentales, argumentación.

Abstract: The objective of this work is to present the fundamental paths that the question of principles has assumed in western legal thought in the 20th century. In this sense, five trends on the subject are identified and developed in their essential aspects, namely: the principles from the ontological-legal discourse; the principles from the discourse of the theory of legal norms; the principles from the discourse of the methodology of the application of the Law; the principles from the discourse of the theory of fundamental rights; and the principles from the discourse of legal argumentation.

Keywords: principles, rules, weighting, fundamental rights, argumentation.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo apresentar os derroteros fundamentais que assumiu a questão dos princípios no pensamento jurídico ocidental no século XX. Neste sentido, são identificadas e desenvolvidas em seus aspectos essenciais cinco tendências sobre o tema, a saber: os princípios desde o discurso ontológico-jurídico; os princípios desde o discurso da teoria das normas jurídicas; os princípios desde o discurso da metodologia da aplicação do direito; os princípios desde o discurso da teoria dos direitos fundamentais; e os princípios desde o discurso da argumentação jurídica.

Palavras-chave: princípios, regras, ponderação, direitos fundamentais, argumentação.

Résumé: Le présent article vise à présenter les voies fondamentales empruntées par la question des principes dans la pensée juridique occidentale du XXe siècle. En ce sens, cinq tendances sur le sujet sont identifiées et développées dans leurs aspects essentiels, à savoir: les principes issus du discours ontologico-juridique; les principes issus du discours de la théorie des normes juridiques; les principes issus du discours sur la méthodologie de l'application de la loi; les principes issus du discours

de la théorie des droits fondamentaux; et les principes du discours de l'argumentation juridique.

Mot-clés: principes, règles, pondération, droits fondamentaux, argumentation.

摘要: 本工作旨在介绍二十世纪西方法律思想中原则问题所采取的基本路径. 从这个意义上讲, 在主题五个基本方面确定并发展了五个趋势, 即: 本体论-法律话语的原理法律规范理论话语中的原则, 讨论法律适用方法论的原则, 基本权利理论论述中的原则, 以及法律论证中的原则

关键字: 原则, 规则, 权重, 基本权利, 论证

I. Consideraciones preliminares sobre la dimensión principal del Derecho

La dimensión principal del Derecho, esto es, la posibilidad de existencia de principios en las expresiones propias del fenómeno jurídico, ha tenido manifestaciones diferenciadas, remontándose la cuestión a los inicios de la reflexión iusfilosófica occidental,² esto a pesar de que la expresión principios, aplicada específicamente al Derecho, tiene su asiento originario en la obra de LULL.³ La identificación definitoria de los principios y la demarcación de sus funciones, lejos de lo incidental, se pueden asumir como pilares epistémicos del conocimiento del Derecho. La ciencia jurídica, recordaba GARCÍA DE ENTERRÍA, no tiene otra misión que la de desvelar y descubrir a través de conexiones de sentido cada vez más profundas y ricas, mediante la construcción de instituciones y la integración respectiva de todas ellas en un conjunto,

² Cfr. MANS PUIGARNAU, J. M., *Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Barcelona, Bosch, 1947, pp. V y ss; y Pattaro, E., "El origen de la noción principios generales del derecho. Lineamiento histórico-filosófico," en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XIX, no. 59, 1987, pp. 525-563.

³ Cfr. LLULL, R., *Arte de Derecho*, Madrid, Universidad Carlos III, 2011, p. 58. Comentarios al respecto en DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, tomo I, Madrid, Civitas, 1984, p. 417.

los principios generales sobre los que se articula y debe, por consiguiente, expresarse el orden jurídico.⁴

Una apreciación global arroja la configuración de tres grandes perspectivas de análisis en las disertaciones teóricas sobre los principios en el Derecho, a saber: la perspectiva ontológica,⁵ es decir, la relativa a la conceptualización del Derecho; la perspectiva de identificación del sistema de fuentes formales del Derecho;⁶ y la perspectiva desarrollada en ocasión de la teoría de las normas jurídicas,⁷ con implicaciones en sus formas aplicativas y en las estructuras argumentativas correspondientes. A pesar de que estas perspectivas se yuxtaponen constantemente en los sistemas iusfilosóficos, es posible introducir criterios históricos de diferenciación que coadyuvan a la mejor comprensión de la reflexión principalista.

La perspectiva ontológica del discurso principalista tiene su origen en la sistematización iusnaturalista, cuya génesis se localiza en la especulación grecolatina,⁸ mientras que su ocaso,

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo," en *Revista de Administración Pública*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, no. 40, enero-abril de 1963, pp. 201-202.

⁵ Vid, entre otros, DEL VECCHIO, G., *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1933, pp. 23-38; y BOTERO BERNAL, A., "La jerarquía entre principios generales del Derecho: la historicidad y la culturalidad de principio de justicia," en *Revista de Derecho*, Barranquilla, Universidad del Norte, no. 23, 2005, pp. 29-68.

⁶ Vid, entre otros, DE RUGGIERO, R., *Istituzioni di Diritto Civile*, vol. I, Messina-Milano, Casa Editrice Giuseppe Principato, 1934, p. 56; DÍAZ COUSELO, J., *Los principios generales del derecho*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1971, p. 83; BELADIEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 111; DÍEZ-PICAZO, L., y A. GULLÓN., *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 144; y SOUELLA NARDUCCI, A., *Introducción al estudio del derecho*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2000, p. 271.

⁷ Cfr. DWORKIN, R., "¿Es el Derecho un sistema de reglas?" en *Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, *in integrum*; ALEXI, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 81 y ss; GUASTINI, R., *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 183 y ss; y ATIENZA, M., y J. RUIZ MANERO., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 6 y ss.

⁸ Cfr. ARISTÓTELES., *Metafísica*, Madrid, Aguilar, 1973, pp. 121-122; y CICERÓN., *Tratado de República*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. XXII.

al menos en su vertiente clásica, aconteció como uno de los desprendimientos del sistema totalizador de HEGEL,⁹ constituyendo momentos intermedios trascendentales en este íter evolutivo la apología teológica del derecho natural sucedida en el espacio medieval¹⁰ y la conjugación racionalista del Derecho de los siglos XVII y XVIII.¹¹ En líneas generales, y dada la poca organicidad de los estudios teórico-jurídicos que se exhibe en este interregno histórico, los principios se comportaron como pautas de legitimación de la existencia de un orden de normatividad jurídica suprapositivo. Es decir, los principios se asumieron como un correlato del esquema iusnaturalista, entendiéndose su razón de existencia bien en las ideas platónicas, en la substancia aristotélica, en las manifestaciones de la moral, en la voluntad divina o en las exigencias de la razón.

En contraposición, la salida iuspositivista, que comenzó a sedimentarse a finales del siglo XIX, ha negado la existencia de un orden normativo trascendente a la realidad positivada y, por consiguiente, la virtualidad de principios que, contenidos en aquel, informen los procesos de creación, interpretación y aplicación del Derecho. Este contrapunteo entre el naturalismo y el positivismo jurídico, aunque con ropajes diferentes, se ha mantenido hasta la actualidad, y constituye la apoyatura iusfilosófica general de todas las discusiones relativas a los principios jurídicos. De manera muy especial, el debate en torno a la separación entre el Derecho y la moral es un punto de referencia de importancia vital, pues como se podrá analizar con más detenimiento, las cargas axiológicas son consustanciales al principalismo.

La perspectiva de identificación del sistema de fuentes formales del Derecho está definida por la negación del imperio

⁹ Cfr. HEGEL, J. G. F., *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Claridad, 1968, pp. 67 y ss.

¹⁰ Cfr. DE AQUINO, T., *Suma de Teología*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2001, pp. 866 y 948.

¹¹ *Vid.*, a modo de ejemplo, el racionalismo postulado en LEIBNIZ, G. W., *Tres ensayos: El Derecho y la equidad; la Justicia; y la Sabiduría*, México, Centro de Estudios Filosóficos de la UNAM, 1960, p. 5.

absoluto de la ley¹² (defendido inicialmente por los exegetas franceses y contravenido por GÉNY)¹³ y la referencia a los llamados principios generales (o naturales) del Derecho (o del ordenamiento jurídico);¹⁴ tiene su fundamento primario en la aspiración de materializar normativamente las tesis del iusnaturalismo y su despliegue originario coincide con los grandes procesos de codificación realizados a finales del siglo XVIII, durante todo el siglo XIX y en buena parte del siglo XX.¹⁵ Los posicionamientos de inclusión de los principios como fuentes formales del Derecho responden a una toma de consciencia

¹² Cfr. RIVERO, J., "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo francés contemporáneo," en *Revista de Administración Pública*, Madrid, no. 6, año II, Instituto de Estudios Políticos, septiembre-diciembre de 1951, pp. 289-290.

¹³ Cfr. GÉNY, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, Madrid, Reus, 1925, pp. 2 y ss.

¹⁴ Respecto a la inclusión de los principios generales del Derecho en los sistemas de fuentes formales es posible identificar cuatro grandes modelos, estos son: a-) *modelos no inclusivos*: inspiradas en el modelo del *Code* napoleónico de 1804, las legislaciones contenidas en este modelo carecen de referencia a los principios generales del Derecho, adoptando una postura genérica de preponderancia de la ley que no permite la inclusión de fuentes subsidiarias; b-) *modelos de interpretación reglada*: las legislaciones que se insertan en este modelo tampoco establecen fuentes subsidiarias de forma directa, no obstante, consagran pautas interpretativas que dan al traste con la posibilidad de utilizar el recurso analógico y la aplicación de los principios generales del Derecho a fin de salvar contradicciones y vacíos en el ordenamiento jurídico; c-) *modelos de remisión*: tiene como característica que las legislaciones en él comprendidas introducen fuentes subsidiarias, aunque diferenciadas de los principios generales del Derecho; y d-) *modelos de inclusión*: con un antecedente remoto en la codificación austriaca, las legislaciones incluidas en este modelo incluyen a los principios generales del Derecho en el sistema de fuentes formales que consagran.

¹⁵ Son hitos trascendentales en este sentido, por solo citar los más representativo: el artículo 19 del Código civil austriaco de 1797 (que informó la redacción del artículo 7 del Código de igual nacionalidad promulgado en 1811); el artículo 15 del Código civil Albertino de 1837; el artículo 3, párrafo 2, del *Codice civile* de 1865; el artículo 6, apartado 2, del Código civil español de 1888; y el artículo 12 del *Codice civile* de 1942, que significó un giro hacia el positivismo al sustituir la expresión *principi generali del Diritto* por la de *principi generali dell'ordinamento giuridico*. En el caso del *Code* de 1804 y del BGB, se hace notar la ausencia de remisión a los principios generales del Derecho. En ambos casos, la aplicación de los principios se pudo colegir de la concurrencia de lagunas en el caso controvertido y de la obligación de los jueces de emitir resoluciones fundadas en Derecho respecto de las cuestiones planteadas (prohibición de *non liquet*), así como de la aplicación analógica, que conlleva la extracción de los principios generales.

sobre la imposibilidad de un ordenamiento jurídico exhaustivo,¹⁶ es decir, sin lagunas, vaguedades o contradicciones, integrado solamente por normas explícitas con hipótesis meridianamente definidas.

La perspectiva desarrollada en ocasión de la teoría de las normas jurídicas tiene su espacio natural en el siglo XX y es expresiva de un grado superior de perfeccionamiento y organicidad en los estudios teóricos sobre el Derecho desde un prisma analítico. Evidentemente, esta línea de análisis presupone posicionamientos específicos respecto a las perspectivas anteriores, a saber, la posibilidad de no concebir al Derecho como una declaración exclusiva de la voluntad del Estado y la aceptación de lo imperioso de establecer un sistema de fuentes formales que posibilite una solución coherente y racional ante la concurrencia de una insuficiencia regulativa de la ley y, en su caso, de la costumbre aplicable al caso. No obstante, desde la teoría de las normas jurídicas el asunto de los principios se ha redimensionado, pues a su tenor ha dejado de ser parte de un discurso preponderantemente metafísico para integrar una serie de problemáticas que, desde un sentido más pragmático y operativo, trascienden a la metodología de la regulación jurídica, a las técnicas de aplicación del Derecho y los ejercicios de argumentación en estas lides.¹⁷

¹⁶ Sobre la tesis de la plenitud del ordenamiento jurídico *vid* ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, pp. 316-317; ZITELMANN, E., "Las lagunas del Derecho," en SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ, *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1989, *in integrum*; DONATI, D., *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, Società Editrice Libreria, 1910, pp. 28-56 y 126 y ss; y KELSEN, H., *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933, pp. 65-66.

¹⁷ Esta idea es concordante con lo expresado por GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien el enfrentamiento al positivismo legalista condujo al pensamiento jurídico occidental a una concepción sustancialista y no formal del Derecho, "(...) cuyo punto de penetración, más que en una metafísica de la justicia, en una axiomática de la materia legal, se ha encontrado en los principios generales del Derecho, expresión (...) susceptible (...) de una seguridad de funcionamiento y de manejo que se volatilizaría si el tradicional lugar de la ley pretendiese ser sustituido por una abstracta e indeterminada invocación de la justicia, o de la conciencia moral o de la discreción del juez (...)." GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Reflexiones...", *op. cit.*, pp. 199-200.

II. El siglo XX y el auge principalista: sistematización sus tendencias fundamentales

En sentido general, y como ha quedado ilustrado hasta el momento, la teoría sobre los principios jurídicos¹⁸ es el reflejo de la dinámica evolutiva de una reflexión teórica sobre el Derecho que, en su génesis, intenta combatir las tesis fundamentales del iuspositivismo.¹⁹ El modelo anti-iuspositivista, que tiene como noción central la pertenencia de los principios al Derecho, diluye, como acotó CARRIÓ, la distinción entre fuentes formales y materiales,²⁰ pues lo vincula continuamente a factores sociales, especialmente de naturaleza moral. Si bien no es posible desconocer los correlatos principalistas del iusnaturalismo clásico y sus derivaciones, es lo cierto que esta cuestión alcanzó la delineación de sus contornos más trascendentales en la teoría del Derecho contemporánea, entendiendo como tal a la que se comenzó a construir desde los inicios del siglo XX y que al día de hoy marca no pocos de los esquemas sobre los que discurren los estudios teóricos y metateóricos sobre el fenómeno jurídico y sus diversas manifestaciones.

Autores como ATIENZA y RUIZ MANERO, que obviamente comparten este criterio, señalan el punto de arranque del giro contemporáneo de la discusión acerca de los principios jurídicos en los cuestionamientos realizados por DWORKIN al iuspositivismo de HART,²¹ cuyo epicentro, como especificó WALDRON, es una concepción sobre lo que supone el Derecho aparte de una multitud de reglas formales.²² Obviamente, este giro contemporáneo

¹⁸ Una recreación sistemática en DE FAZIO, F., "La teoría de los principios. Un estado de la cuestión," en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, no. 100, 2018, pp. 43-68.

¹⁹ *Vid.*, entre otros, CIANCARDO, J., "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción," en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, no. 108, año XXXVI, septiembre-diciembre de 2003, pp. 891-906.

²⁰ *Apud* CARRIÓ, G., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. 223.

²¹ *Cfr.* ATIENZA, M., y J. RUIZ MANERO., *Las piezas...*, op. cit., p. 1.

²² *Cfr.* WALDRON, J., "¿Ha respondido Dworkin a los Estudios Críticos del Derecho?" en MELERO DE LA TORRE, M. C., et. al., *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la Ley*, Valencia,

alude a una reactualización del protagonismo de los principios en los debates teóricos,²³ y no al surgimiento de la polémica, que como ya se puntualizó hunde sus raíces en los orígenes de la especulación iusfilosófica.

Incluso, en los propios marcos de los novecientos, es plausible entender que este punto de arranque puede ser retrotraído a los enfrentamientos inmediatos que suscitó la teoría pura del Derecho de Kelsen.²⁴ En efecto, la teoría sindicada por Kelsen, basada en estrictos criterios de selección normativa como presupuesto para la armonía y completitud del ordenamiento²⁵ y renuente a la incorporación de estandarizaciones morales en lo jurídico, abrió una estela de controversias que todavía en la actualidad tienen resonancia. Particularmente, debe destacarse el posicionamiento de Esser, para quien la praxis jurídica en términos kelsenianos resultó caricaturesca, y cuyos errores generaron una catalización del significado de los principios en la aplicación del Derecho.²⁶ Los principios, en el pensamiento esseriano, no se conciben como provenientes de un orden

Tirant lo Blanch, p. 265. También vid SOPER, E. P., "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute," en *Michigan Law Review*, Lansing, vol. 75, 1977, pp. 473-519.

²³ Apud PÉREZ LUÑO, A. E., "Los principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?" en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, no. 98, octubre-diciembre de 1997, p. 12.

²⁴ Es importante recordar que Kelsen no atribuyó a los principios la condición de normas jurídicas. Este posicionamiento lo manifestó claramente en su teoría al sostener que "(...) tales principios no tienen carácter de normas jurídicas. Si no se separa claramente el concepto de norma jurídica y el concepto de principio jurídico, entonces se borra el límite entre el derecho positivo, por un lado, y, por otro, la moral, la política y las costumbres, lo cual solo puede ser deseable para tales representantes de la ciencia del derecho, que creen que su tarea consiste no tanto en conocer el derecho positivo y describirlo objetivamente, sino más bien en justificar o cuestionar su validez desde el punto de vista de la moral y la política (...)." Kelsen, H., *Teoría general de las normas*, México, Trillas, 1994, p. 125.

²⁵ Sobre este tópico vid las fundamentadas observaciones de WALTER, R., *La estructura del orden jurídico. Disertación jurídico-teórica basada en la teoría pura del derecho*, Bogotá, Temis, 1984, pp. 11 y ss.

²⁶ Cfr. ESSER, J., *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona, Bosch, 1961, pp. 169-171. También vid RAMOS PASCUA, J. A., "El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser," en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, tomo IX, Ministerio de Justicia, 1992, pp. 278 y ss.

universal a la usanza iusnaturalista, ni como meras inducciones de las normas existentes en forma cerrada tal y como han postulado los iuspositivistas, sino algo intermedio, proveniente de la *naturalis ratio*, de la *naturalaleza de la cosas*, de la *aequitas* y de la llamada *lógica jurídica*.

Incluso, ya con anterioridad BOULANGER²⁷ hubo de publicar el que fuera considerado por el propio ESSER como el primer estudio analítico sobre los tipos y las categorías de principios jurídicos.²⁸ Para este autor francés, la distinción entre reglas y principios se resume en que mientras una regla es general porque ella se crea para un número no determinado de actos o hechos, un principio es general porque implica una serie indefinida de aplicaciones. En esta dirección, la distinción es viable pues mientras la regla tiene una situación jurídica determinada a la cual se aplica (aunque no se crea para un número determinado de dichas situaciones jurídicas), un principio no tiene una única situación jurídica a la cual se aplica.²⁹

En el ámbito legislativo, entre varios acontecimientos con valor ejemplificativo acaecidos durante la vigésima centuria, cabe mencionar dos de ellos por el impacto doctrinario que supusieron. En primer lugar, la regulación de los principios generales del Derecho en el sistema de fuentes formales del Derecho Internacional Público al amparo del inciso c del artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, lo que equivale al reconocimiento de los principios como normas de aplicación directa con vocación para incidir tanto en el fondo de un asunto como en el procedimiento particular de su tramitación, en calidad fuente autónoma, y como elementos de complementación de los mandatos emanados de los tratados y de la costumbre internacional.³⁰

²⁷ Cfr. BOULANGER, J., "Principes généraux du droit et droit positif," en *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes a Georges Ripert*, tomo I, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, pp. 51-74.

²⁸ Cfr. ESSER, J., *Principio...*, op. cit., pp. 17-18.

²⁹ BOULANGER, J., "Principes..." op. cit., pp. 51-74. Este análisis se puede encontrar en Grau, E. R., *Interpretación y Aplicación del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 162.

En segundo lugar, por la ascendencia iusfilosófica del debate que generó, destaca el suceso de recodificación italiana que concluyó con la promulgación del *Codice* de 1942 que, en giro copernicano, adoptó en su artículo 12 una directriz iuspositivista al sustituir la locución *principi generali del Diritto*, contenida en su antecesor de 1865, por la de *principi generali dell'ordinamento giuridico*. La razón del cambio, que había sido debatido durante la década de 1930 en los trabajos preparativos del cuerpo legal, se justificó como una medida de protección ante la intromisión de elementos extraños en la dinámica del ordenamiento jurídico.³¹ En la doctrina interna, CARNELUTTI apoyó la reforma,³² mientras que DEL VECCHIO se pronunció con fuerza en su contra, catalogándola de retroceso y tildando la nueva expresión de impropia, llegando a concluir se trató de una fórmula inspirada en un sórdido positivismo y en una miope estatolatría, con la que se intentaba cerrar la entrada al Derecho natural, como fuente supletoria del sistema vigente.³³

De cualquier modo, al día de hoy es innegable que las tesis sobre los principios han sido uno de los animadores más destacados de la discusión teórica y filosófica sobre el Derecho de los últimos tiempos, proyectándose sobre tópicos tan centrales

³⁰ Vid, entre otros, VERDROSS, A., *Derecho Internacional Público*, Madrid, Aguilar, 1957, pp. 123-124; PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Fundamentación y fuentes del derecho internacional (distintas a los tratados)*, Madrid, Curso impartido en la Escuela Diplomática, 1971-1972, pp. 17 y ss; y VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, J. C., "Reflexiones generales en torno a la importancia de los principios del derecho internacional," en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XII, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p. 115. En la doctrina cubana el criterio más representativo ha sido expuesto por SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, A., *Manual de Derecho Internacional Público*, La Habana, Talleres Tipográficos La Mercantil, 1945, pp. 14 y ss.

³¹ Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Madrid, Debate, 1998, pp. 249-250; y TRABUCCHI, A., *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1956, pp. 28 y ss.

³² En expresión de este autor los principios del Derecho son "(...) las reglas no expresadas de que derivan, a través de su aplicación a los casos previstos, los preceptos formulados con carácter general o particular (...)." CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1941, p. 118.

³³ DEL VECCHIO, G., "Riforma del Codice civile e principi generali del Diritto," en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, año XVIII, fascículo I, 1938, *in integrum*.

como las relaciones de lo jurídico con lo moral, la tipología de las disposiciones jurídicas, la caracterización de los casos difíciles, la creación judicial del Derecho, el carácter y estructura del razonamiento jurídico justificativo, entre otros.³⁴

En el desarrollo del pensamiento jurídico del siglo XX occidental, la construcción de teorías principalistas, o de referencia a los principios, se ha manifestado desde flancos diversos. Sin ánimo de exhaustividad, y siguiendo a POSCHER,³⁵ se puede establecer una propuesta de sistematización atendiendo a cinco grandes tendencias, a saber:

1. Como tendencia propia del contexto anglosajón, la teoría principalista se ha configurado, en los marcos del debate iniciado por HART y DWORKIN, en los espacios de las reflexiones estructurales sobre el Derecho. Es decir, en los estudios sobre las características de los ordenamientos jurídicos en su relación con otros fenómenos normativos, como pueden ser los establecidos por la moral y la política.³⁶

2. Como epicentro de la teoría de las normas, la diferenciación entre reglas y principios se ha presentado como presupuesto del análisis lógico del Derecho. Como expresiones notables de esta tendencia se presentan los estudios de ALEXY y de GUASTINI.³⁷ Como es posible advertir, opera aquí una importante particularización analítica, pues el objetivo no es disertar sobre las características de un orden normativo jurídico y su vinculación con otros ordenes normativos

³⁴ Apud ATIENZA, M., y J. RUIZ MANERO., *Las piezas...*, op. cit., p. 2.

³⁵ Cfr. POSCHER, R., "Acertios, errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios," en SIECKMANN, J-R., (editor), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 71-72. También vid ÁVILA, H., *Theory of Legal Principles*, The Netherlands, Springer, Dordrecht, 2007, pp. 5-82.

³⁶ Cfr. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, pp. 33 y ss; y DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 61 y ss.

³⁷ Cfr. GUASTINI, R., *Interpretar...*, op. cit., pp. 183 y ss; GUASTINI, R., *La sintaxis del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 75 y ss; y GUASTINI, R., *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, Perú, Zela, 2018, pp. 140 y ss.

presentes en la sociedad, sino sobre las características y la estructura lógica de las distintas normas jurídicas. En sentido genérico, las tesis de distinción suelen agruparse en dos rubros opuestos, a saber, las tesis fuertes y las tesis débiles.³⁸ La tesis débil enuncia que la diferencia entre principios y reglas es meramente de grado,³⁹ es decir, hace referencia al mayor o menor nivel de generalidad o abstracción que presenten estos tipos de normas. En sentido divergente, la tesis fuerte afirma que la diferencia entre principios y reglas no es meramente de grado, sino que además existen propiedades lógicas o estructurales que diferencian a las reglas de los principios,⁴⁰ esto es, que se puede realizar un ejercicio de clasificación normativa que tiene a las reglas y a los principios como alternativas.

3. La teoría de los principios ha sostenido, igualmente, una compleja teoría de metodología jurídica relativa a la aplicación del Derecho. Como desprendimiento de la diferenciación entre reglas y principios, se han defendido formas categorialmente distintas para hacer efectiva su aplicación, a saber, la subsunción como forma básica de aplicación de las reglas, y la ponderación como forma básica de aplicación de los principios.⁴¹

³⁸ Cfr. BAYÓN, J. C., *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, p. 359; y GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 132;

³⁹ Cfr. HART, H. L. A., "Postscriptum," en RODRÍGUEZ, C., *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997, p. 199; y RAZ, J., "Legal Principles and the Limits of Law," en *The Yale Law Journal*, vol. 81, no. 5, 1972, p. 838.

⁴⁰ Cfr. ALEXY, R., *Teoría...*, op. cit., pp. 81 y ss; DWORKIN, R., *Los derechos...*, op. cit., pp. 61 y ss; y ATIENZA, M., y J. RUIZ MANERO., *Las piezas...*, op. cit., p. 29.

⁴¹ Cfr. ALEXY, R., *Teoría...*, op. cit., pp. 89 y ss. Además vid MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 149 y ss; BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 736 y ss; BARAK, A., *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, Palestra, 2017, pp. 109 y ss.

4. La teoría de los principios como presupuesto para la concepción de una teoría de la argumentación jurídica coherente, esto es, la necesidad de incluir a los principios en los ejercicios de fundamentación en el ámbito del Derecho, o más aún, de conceptualizar a los principios como argumentos. Resultan de interés en este rubro los criterios de SIECKMANN⁴² y de ESSER, y, más cercanos en el tiempo, los estudios realizados por ATIENZA y su postulación de una visión del Derecho como fenómeno argumentativo.⁴³

5. La teoría de los principios se encuentra conectada igualmente con toda una estela de reflexión sobre la dogmática de los derechos fundamentales. La exposición clásica al respecto ha sido presentada por ALEXY, que entiende que los derechos fundamentales son principios y estos mandatos de optimización.⁴⁴ Consonantemente, la colisión de derechos fundamentales, que es un cuadro constante al que se enfrenta la actividad judicial, no es otra cosa de una colisión de principios que requiere para su solución de recreación de un razonamiento ponderativo, que en el caso de la teoría alexyana se integra en una estructura mucho más compleja, a saber, el principio de proporcionalidad.

Seguidamente se presentarán las líneas generales que informan el desarrollo de cada uno de estos cinco derroteros teórico-prácticos.

⁴² Cfr. SIECKMANN, J., "Concepto y estructura de las reglas, principios y elementos en el derecho," en *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 59-80. Además, *vid* de este autor los trabajos "Las estructuras lógicas de los argumentos normativos," "Corrección y objetividad en el modelo de principios," "Ponderación autónoma," y "Sobre la fundamentación de los juicios ponderativos," todos en *El modelo...*, op. cit., pp. 81-114, 235-284, 115-158 y 159-205.

⁴³ Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2005, pp. 203 y ss; y ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 19 y ss.

⁴⁴ Cfr. ALEXY, R., *Teoría...*, op. cit., pp. 48 y ss. También *vid* la sistematización de BERNAL PULIDO, C., "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?" en *Doxa*, Alicante, no. 30, 2007, pp. 273-191.

III. El discurso sobre los principios como concepción anti-iuspositivista del Derecho

Con anterioridad quedó esbozado que toda teoría principalista es en cierto sentido un cuestionamiento al positivismo jurídico. Tal y como sentenció GARCÍA FIGUEROA, “(...) si existen principios en el Derecho, entonces es inviable una concepción positivista del Derecho (...);”⁴⁵ idea que fuera también compartida por ZAGREBELSKY, a cuyo juicio “(...) hoy sería imposible un positivismo de los principios (...).”⁴⁶ Este cuestionamiento ha recaído de forma preponderante en lo que respecta a la incorporación de la moral al Derecho, problemática que se ha mostrado constante en la iusfilosofía occidental, especialmente desde las críticas de RADBRUCH a las consecuencias del legalismo nazi, sustentadas en la estandarización de la justicia como parámetro de validez jurídica,⁴⁷ involucrando con esto a otras postulaciones básicas del iuspositivismo. Incluso, si acepta la diferenciación establecida por BOBBIO,⁴⁸ la variante del positivismo jurídico metodológico, mucho más depurada que las acepciones ideológicas y teóricas, tampoco puede ser compatible con una teoría de los principios, al menos en su sentido fuerte, precisamente porque la tesis fundamental de esta concepción radica en que el Derecho “(...) es un fenómeno social que puede ser identificado y descrito por un observador externo sin recurrir a consideraciones acerca de su justificación o valor moral o acerca del deber moral de obedecerlo y aplicarlo (...).”⁴⁹ En efecto, la aceptación de que los ordenamientos

⁴⁵ GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios...*, op. cit., p. 29.

⁴⁶ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2005, p. 124

⁴⁷ Cfr. RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 178.

⁴⁸ Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1965.

⁴⁹ NINO, C. S., *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 148. También vid RAZ, J., *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 177 y ss; ORUNESU, C., *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*,

jurídicos actuales contengan normas con tipología de principios recalca la posibilidad de instrumentalización de la moral en los espacios de interpretación, aplicación y argumentación en el Derecho.

Una primera razón se centra en el hecho de que los principios generalmente son contentivos de conceptos esencialmente controvertidos que suponen un debate moral, constituyendo un ejemplo nítido lo relativo al contenido de los derechos fundamentales, cuya delimitación, como tendrá ocasión de explicarse, supone implicaciones morales. Esta propensión moral denota que la teoría de los principios, como ha advertido PRIETO SANCHÍS, “(...) servirá de vehículo privilegiado a las sucesivas rehabilitaciones del iusnaturalismo (...).”⁵⁰

Para explicitar correctamente esta cuestión, que concierne en la posibilidad de entender a la moral como una condición de validez jurídica, se hace necesario dejar sentado que además de la tesis de la separación entre el Derecho y la moral, el positivismo ha planteado otras dos ideas que le resultan esenciales, a saber, la tesis de las fuentes sociales, que hace depender la existencia y el contenido del Derecho en un sociedad de un conjunto de hechos sociales; y la tesis de la discrecionalidad, que plantea que las normas jurídicas válidas no regulan de manera clara todo caso individual, de manera que ante los denominados casos difíciles los jueces actúan discrecionalmente.⁵¹ Ahora bien, los principios contradicen la concepción iuspositivista en tanto no integran el Derecho en atención de alguna fuente social, sino por su propio contenido, es decir,

Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 213 y ss; y CELANO, B., “Positivism jurídico normativo, neutralidad y estado de Derecho,” en FERRER BELTRÁN, J., *et al.*, (editores), *Neutralidad y teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 243-274.

⁵⁰ PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 68.

⁵¹ Cfr. MORESO, J. J., “Positivism jurídico contemporáneo,” en FABRA ZAMORA, J. L., y Á. NÚÑEZ VAQUERO., (editores), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015, pp. 171-205.

los principios no son jurídicamente vinculante por su origen (descrito por ejemplo al tenor de una regla de reconocimiento) sino por sus méritos sustantivos. Es por esto que VIGO ha sostenido que “(...) los principios fuertes postulan una noción de validez que excede la mera pertenencia autoritativa al sistema jurídico (...)”⁵² Se desprende entonces que sin los jueces pueden aplicar principios, y estos debido a sus características no pueden ser identificados por ningún test de origen, entonces no sería posible establecer un límite estricto entre el Derecho que es y el Derecho que debería ser. Fue en este sentido que DWORKIN recalcó que si los principios morales son jurídicamente vinculantes por cuestiones sustantivas, entonces la moral puede ser considerada como una condición de validez jurídica,⁵³ lo que deja sin virtualidad la tesis de la separación, a la par que la tesis de la discrecionalidad, pues siempre existirá un principio que pueda guiar la decisión del juez, incluso en los casos de ausencia de reglas.

Otra razón, que metodológicamente es una operación posterior, interesa a la necesidad de crear criterios móviles de precedencia de un principio con respecto a otro en supuestos de colisión ante la solución de un caso concreto. Estos criterios de precedencia se instrumentalizan en ocasión de la ponderación, y como ha señalado el profesor VILAJOSANA, “(...) al menos en la mayoría de los casos (...) los ha de proporcionar una teoría político-moral, más o menos desarrollada (...)”⁵⁴

Esta última dirección de la incorporación moral, precisada en la resolución de colisiones principiales, ha sido descrita con mucha coherencia por ALEXY, para quien toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa. Para este autor la única diferencia entre estos

⁵² VIGO, R. L., *De la ley al Derecho*, México, Porrúa, 2012, p. 267.

⁵³ Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos...*, op. cit., pp. 80-83.

⁵⁴ VILAJOSANA RUBIO, J. M., “De lo posible a lo deseable. Las circunstancias de la jurisdicción y de la política en democracia,” en VÁZQUEZ, R., et. al., *Democracia, religión y Constitución*, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Fontamara, 2010, pp. 169-170.

posibles tipos de colisión radica en que la que se presenta entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a la que se presenta entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor.⁵⁵ En conclusión, principios y valores son lo mismo, solo siendo variable la perspectiva de análisis, de naturaleza deontológica en el primer caso y de naturaleza axiológica en el segundo, constituyendo esta peculiaridad un argumento demostrativo de que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de los valores.

Las razones expuestas, entre otras que ilustran el anti-iuspositivismo que entraña la apología del principalismo, han provocado una especie de redimensionamiento *ab intra* de la propia tendencia iuspositivista. Ciertamente, y como tuvo a bien señalar ORUNESU, la teoría de los principios ha forzado a los iuspositivistas “(...) a explicar el hecho aparente de que los principios morales pueden a veces ser fuentes jurídicas válidas, de un modo que resultara consistente con sus tesis básicas (...)”⁵⁶ Una de estas redimensiones se ha cristalizado en el llamado positivismo incluyente, que en oposición al positivismo excluyente, admite que la moral puede ser condición de validez jurídica en ciertos sistemas jurídicos en los que la existencia y el contenido del Derecho dependerá de valoraciones y principios morales.⁵⁷ Este es el caso, por ejemplo, de los esquemas de las democracias constitucionales contemporáneas, caracterizados por una amplia incorporación de principios morales en los textos constitucionales, frecuentemente invocados por los jueces (especialmente los jueces constitucionales) para determinar la validez (constitucionalidad) de las leyes. De estos principios constitucionales

⁵⁵ ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios y razón práctica,” en *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima, Palestra, 2019, p. 48.

⁵⁶ ORUNESU, C., et. al., *Estudios sobre la interpretación y dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, 2009, p. 62.

⁵⁷ Un estudio riguroso al respecto en JIMÉNEZ CANO, R. M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 205-218.

“(...) resultan predicables las mismas características que el pluralismo atribuye a los valores: objetividad, pluralidad, conflictividad, inconmensurabilidad, indeterminación (...)”⁵⁸

Esto supone una identificación mayoritaria de principios en los textos constitucionales, los que se presentan como cánones de moralidad, como directrices de interpretación y como elementos en pos de una óptima argumentación tanto jurisdiccional como legislativa. Tal circunstancia ha dado al traste con una serie de postulados que, bajo el rubro común de constitucionalismo principalista, plantean que aunque los principios no sean una peculiaridad absoluta de los textos constitucionales, sí que es cierto que en él, en sintonía con POZZOLO, “(...) se encuentran presentes en un número particularmente elevado (...) hasta determinar un cambio cualitativo del documento (...)”⁵⁹

En conclusión, el asunto de los principios, en negación de las propuestas fundacionales del iuspositivismo, da muestra de lo ambigua que puede resultar la línea divisoria entre el Derecho y la moral en el campo de las decisiones jurídicas, ya que su estatus como fuentes del Derecho depende únicamente del contexto en el que son utilizados.⁶⁰

IV. El discurso sobre los principios como teoría normativa. La distinción con las reglas

El desarrollo del principalismo en el siglo XX, tal y como quedó anunciado *supra*, ha tenido como uno de sus derroteros fundamentales a la estructuración de una teoría de las normas jurídicas con epicentro en la distinción entre reglas y principios. La posibilidad de distinguir tipologías normativas consistentes

⁵⁸ BARBERIS, M., “Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo, M. y balance libertad-seguridad,” en *Doxa*, Alicante, no. 39, 2016, pp. 272-273.

⁵⁹ POZZOLO, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional,” en *Doxa*, Alicante, no. 21-II, 1998, p. 340.

⁶⁰ Cfr. AARNIO, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Lima, Palestra, 2016, pp. 152-153.

en reglas y principios ha catalizado los estudios de lógica jurídica, de teoría de la interpretación y de metodología de aplicación del Derecho.

Las cuestiones de lógica jurídica han reparado en diferencias estructurales y funcionales propias de los enunciados jurídicos normativos, que hacen plausible entenderlos como reglas o principios según se constaten determinadas características morfológicas. Los desarrollos de esta tendencia se agrupan en derredor de la llamada tesis fuerte de distinción, asumiendo como presupuesto que estos tipos de normas entrañan proposiciones lógicas diferenciadas, es decir, reglas y principios son formas clasificatorias de las normas. En otra dirección, las teorías de la interpretación han configurado una tesis débil de distinción, postulando que la diferenciación entre reglas y principios solo se puede establecer como resultante de un ejercicio interpretativo, argumental y discursivo, no siendo posible concebir en este sentido un criterio estrictamente ontológico, corroborándose de esta forma el sentido de la máxima de AARNIO, según la cual reglas y principios “(...) pueden tener teóricamente el mismo grado de inexactitud, y por lo tanto resulta imposible separarlos en categorías lingüísticas nítidamente distintas (...)”.⁶¹ Esta tesis vinculada a la interpretación concluye que la divergencia entre reglas y principios es meramente de grado, es decir, pende del nivel de generalidad que se les atribuya.⁶² Finalmente, en lo que a metodología de la aplicación del

⁶¹ Cfr. AARNIO, A., “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, no. 4, 2000, p. 597.

⁶² El posicionamiento más definido de esta tesis corresponde a GUASTINI. La diferenciación entre reglas y principios es explicada por este autor a través de un método descriptivo que parte de establecer una serie de características distintivas. Las reglas, en este sentido, pueden ser asumidas como enunciados condicionales que establecen una conexión entre una determinada consecuencia jurídica a una clase de hechos. Es decir, son normas cuya estructura se expresa en la construcción lógica *si A, entonces B*. Por el contrario, los principios no comparten esta delimitación, siendo caracterizados por GUASTINI en atención a dos parámetros: 1-) son normas que tienen un carácter fundamental; y 2-) son normas sujetas a una especial forma de indeterminación. Ahora bien, para GUASTINI el carácter fundamental o marginal de una norma, su carácter derrotable o inderrotable, y (en muchos casos) el

Derecho compete, el principalismo se ha construido como una teoría analítica cuya formulación esencial consiste, como bien ha sintetizado BOROWSKI, “(...) en que en el caso de colisiones entre un determinado tipo de normas -los principios- no se trata de que una de ambas normas ha de ser inválida, sino que se produce un retroceso de una de las normas en el caso concreto sin pérdida de su validez (...).”⁶³ Es decir, desde la metodología aplicativa lo trascendente es que reglas y principios, en tanto normas diferentes, son aplicadas mediante mecanismos diferentes, a saber, la subsunción y la ponderación respectivamente, operando dimensiones también distintas en casos de colisión, estas son, la dimensión de la validez para las reglas y la dimensión del peso para los principios.

Como se observa, una concepción coherente que distinga entre reglas y principios trasciende a espacios esenciales de la dinámica jurídica, tales como la interpretación, la jerarquización y los criterios de validez de las normas y las peculiaridades de sus modelos de aplicación. Es por este nivel de trascendencia que la diferenciación de reglas y principios se presenta como una de las bases de la teoría contemporánea de las normas jurídicas. Ahora bien, como demarcó DE FAZIO, los partidarios del principalismo en sentido estricto suscriben una tesis fuerte de distinción,⁶⁴ pues solo a su tenor se puede afirmar que los sistemas jurídicos están formados por normas de mandato que pueden asumir la tipología de reglas o la tipología de principios. Por esta razón, serán las particularidades de esta tesis las que se pondrán de relieve en la propuesta discursiva del presente

carácter abierto o cerrado de un supuesto de hecho no son datos objetivos, anteriores a la interpretación: al contrario, dependen de la interpretación, son fruto de la interpretación (entendida en sentido lato). Cfr. GUASTINI, R., *Interpretar...*, op. cit., pp. 183-190 y 190-191; GUASTINI, R., *La sintaxis...*, op. cit., pp. 75-79; GUASTINI, R., *Ensayos...*, op. cit., pp. 140-144; y GUASTINI, R., *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, Lima, Editorial Científica Peruana, 2016, pp. 325-333.

⁶³ BOROWSKI, M., “Derechos de defensa como principios de derecho fundamental,” en SIECKMANN, J-R., (editor), *La teoría...*, op. cit., p. 95.

⁶⁴ *Apud* DE FAZIO, F., “La teoría...,” op. cit., p. 46.

epígrafe, adelantándose además que la misma se suscribe como propuesta teórico-normativa.

En el entorno continental, como quedo esbozado con anterioridad, los primeros criterios de distinción entre reglas y principios estuvieron contenidos en las reacciones al positivismo normativista de KELSEN. Específicamente, la distinción primaria de BOULANGER, sustentada en el criterio de generalidad a favor de los principios, y en detrimento de las reglas, en cuanto a las situaciones jurídicas a las que pueden ser aplicados⁶⁵ y, posteriormente, las explicaciones de ESSER relativas a la conceptualización de los principios como *topoi*, alejados de cualquier síntoma de carácter cerrado y estático, que utilizan constantemente los jueces para conjugar la solución más justa a los controvertidos,⁶⁶ fueron cuestionamientos de peso al esquema de pureza metodológica descrito en las obras kelsenianas.

No obstante, es forzoso admitir que la configuración de una teoría de las normas jurídicas apoyada en la escisión entre reglas y principios tuvo su expresión fundante más exhaustiva en los estudios jurídicos del mundo anglosajón, muy especialmente en los cuestionamientos de DWORKIN al positivismo de HART, los que se pueden resumir en dos posiciones. La primera posición está dirigida a establecer que la regla de reconocimiento no es óptima para identificar principios jurídicos implícitos, mientras que la segunda recrea que no es posible construir un test preciso que permita elucidar cuándo un enunciado normativo es un principio implícito de un determinado sistema jurídico, entre otras razones porque la distinción entre creación y aplicación de normas tipo reglas no es trasladable a los principios implícitos.⁶⁷ De hecho, la construcción de una teoría de las normas alternativa a la propuesta hartiana del sistema de reglas estructurado en derredor de la regla de reconocimiento, es una

⁶⁵ Cfr. BOULANGER, J., "Principes...", op. cit., pp. 51-74.

⁶⁶ Cfr. ESSER, J., *Principio...*, op. cit., pp. 169 y ss.

⁶⁷ Cfr. ALONSO, J. P., "Principios implícitos y fuentes sociales del Derecho," en *Doxa*, Alicante, no. 41, 2018, p. 64.

de las consecuencias fundamentales de la ya aludida negación del dogma de la separación entre el Derecho y la moral que propuso DWORKIN desde sus primeros trabajos.

Hurgando en la historia jurisprudencial de los Estados Unidos, DWORKIN prestó atención especial a un caso decidido por el Tribunal de Apelaciones de New York el 8 de octubre de 1889, cuya denominación simplificada es *Riggs vs. Palmer*.⁶⁸ La solución del caso a través de la aplicación de un principio demuestra, según DWORKIN, que la tesis de las fuentes sociales⁶⁹ no es suficiente para explicar la dinámica jurídica, pues este no tiene su justificación en ninguna práctica social anterior, sino en su pertinencia para justificar una toma de partido.⁷⁰ La separación entre el Derecho y la moral⁷¹ también pierde virtualidad en este análisis, pues, justamente, es la legitimación ética del principio lo que lo hizo apto para resolver el asunto, esto es, lo que hizo pertinente desarrollar todo un aparato argumentativo en pos de llegar a una solución coherente y aceptable⁷² que, igualmente, atenta contra la tesis de la discrecionalidad,⁷³ pues en el supuesto de no contar el juez con una regla aplicable

⁶⁸ Cfr. Philo RIGGS, como curadora *ad Litem et al.*, Demandantes, contra Elmer E. PALMER *et al.*, Demandados. Tribunal de Apelaciones de Nueva York. Demanda presentada el 21 de junio de 1889. Demanda resuelta el 8 de octubre de 1889.

⁶⁹ HART, H. L. A., *El concepto...*, op. cit., pp. 125-126 y 137. Un análisis de valor en ALONSO, J. P., "Principios..." op. cit., pp. 63-82.

⁷⁰ *Apud* DWORKIN, R., *Justicia para erizos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 41 y ss.

⁷¹ HART, H. L. A., *El concepto...*, op. cit., p. 230. También *vid* MORESO, J. J., y J. QUERALT., "Bosquejo de Dworkin: la imbricación entre el Derecho y la moralidad," en *Isonomía*, no. 41, octubre de 2014, pp. 143-171.

⁷² Explicaba DWORKIN que un principio como *nadie puede beneficiarse de su propio delito* no pretende establecer "(...) las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular (...). Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, (...) como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido (...)." DWORKIN, R., *Los derechos...*, op. cit., pp. 76-77.

⁷³ HART, H. L. A., *El concepto...*, op. cit., p. 161.

al caso controvertido, está en la obligación de aplicar el principio idóneo.⁷⁴

La dicotomía entre reglas y principios es enfocada por DWORKIN en un doble sentido, a saber, *el modo de aplicación*, que para las reglas es de *todo o nada*, es decir, que si se cumple con su supuesto de hecho, entonces o bien la regla es válida y su consecuencia jurídica determina concluyentemente la decisión, o bien es inválida y no aporta en nada a la sentencia, mientras que los principios no se aplican de esta manera, pues cuando resulten válidos y se cumpla con su supuesto de hecho estos no necesariamente determinan consecuencias jurídicas de manera automática.⁷⁵ En cambio, estos solamente enuncian una razón que discurre en una dirección, pero que puede quedar desplazada en virtud de algún otro principio que apunta en una dirección contraria; y *la distinción de la dimensión de peso de los principios*, lo que significa que las contradicciones entre principios se deciden mediante la selección del que más peso (importancia) suponga en ocasión del caso concreto, no significando esta selección un desplazamiento de la validez del otro principio contrincante. Esta operación no es posible realizarla en el campo de las reglas, ya que en casos de colisiones entre ellas solo pueden ser solucionadas con la introducción de una cláusula de excepción o con la declaración de invalidez de, por lo menos, una de ellas.⁷⁶

Esta línea de reflexión dworkiniana fue seguida por ALEXY, siendo este iusfilósofo el autor del sistema más completo en la

⁷⁴ Sin embargo, ATIENZA, siguiendo a MACCORMICK, sostuvo que "(...) el propio HART consideró como característica del positivismo jurídico la tesis de la discrecionalidad judicial, es decir, la tesis de que en los casos dudosos o no previstos que aparecen en todo derecho, el juez crea derecho, aunque al mismo tiempo está sometido a una serie de cortapisas jurídicas que limitan su elección. Es más, a partir del positivismo jurídico de HART, no habría en principio ningún inconveniente para que el juez usara de los principios generales del derecho y de los tópicos jurídicos; bastaría con que lo admitiera la regla de reconocimiento del sistema en cuestión (...)." ATIENZA, M., *Las razones...*, op. cit., p. 74.

⁷⁵ Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos...*, op. cit., pp. 73 y ss.

⁷⁶ Cfr. *Idem*, pp. 73 y ss.

materia. La reflexión alexyana parte de establecer que tanto las reglas como los principios son especies del género normas.⁷⁷ Esta afirmación implica la asunción de una tesis fuerte de distinción, es decir, supone afirmar que la diferencia entre reglas y principios no es meramente de grado, sino de clasificación o de clase, dada la concurrencia de ciertas características estructurales que definen la divergencia. Esto último conduce a concluir que toda norma solamente puede ser o bien un principio o bien una regla, sin que puedan haber modalidades intermedias.

Después de analizar los criterios manejados por DWORKIN, ALEXY postula que el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, esto en relación con determinadas posibilidades jurídicas y fácticas. Así, los principios son “(...) mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario (...).”⁷⁸

Las reglas, en oposición, son normas que exigen un cumplimiento pleno, es decir, respecto a ellas solo cabe la configuración de un estado de cumplimiento o de incumplimiento, sin más precisiones. La validez de una regla es entonces indicativa de la obligatoriedad que respecto a la realización de su contenido pesa sobre sus destinatarios. Es por esto que las reglas contienen determinaciones en el campo de lo fáctica y jurídicamente posible. Recalca en consecuencia ALEXY que “(...) lo importante, por ello, no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados.

⁷⁷ Cfr. ALEXY, R., “Hacia un concepto de los principios jurídicos,” en *Ensayos...*, op. cit., pp. 17-42.

⁷⁸ ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios y razón práctica,” en *Ensayos...*, op. cit., p. 47.

Hay por tanto distintos grados de cumplimiento (...).⁷⁹ En conclusión, si la norma supone la exigencia de su cumplimiento en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas concurrentes, esta norma debe ser asumida como un principio. En cambio, si la norma supone la exigencia de una determinada medida de cumplimiento, esta debe ser asumida como una regla.

Esta distinción de clase es fundamentada por ALEXY sobre la base del criterio de individualización, indicativo de una dimensión propia de los principios, esta es, la dimensión de peso. El hecho que los principios puedan ser dotados de un peso especificado implica que ante una circunstancia de colisión, como puede ser la que se materializa en la superposición del contenido de dos derechos fundamentales, la solución debe tomar en consideración la importancia relativa que cada uno de los principios enfrentados suponen sobre la base de las peculiaridades del caso. Ahora bien, a diferencia de como sucede en el entorno de las reglas, la preponderancia de un principio con respecto a otro en un supuesto puntual no implica la invalidez del principio desplazado, ni tampoco que haya que introducirse una nueva cláusula de excepción. Como el peso del principio que prevalece se colige de las circunstancias particulares del caso, el principio derrotado no pierde la posibilidad de seguir operando como una norma válida a tener en cuenta para la toma de decisiones futuras y que, incluso, puede obtener prioridad si, ante nuevas circunstancias, cuenta con una importancia relativa mayor.

Divergentemente, las contradicciones entre reglas se dirimen exclusivamente en la dimensión de la validez, o lo que es lo mismo, la solución ante la contingencia de una colisión de reglas solo puede operar con la declaración de invalidez de, al menos, una de ellas, o a través de la introducción de una cláusula de excepción. A modo de corolario, la regla invalidada o exceptuada deja de operar como norma válida, no solamente para el caso presente, sino también para los casos futuros.

⁷⁹ *Idem*, p. 47.

Evidentemente, la aceptación de la existencia de principios en el sistema jurídico incide en el carácter de este y en el concepto mismo de Derecho,⁸⁰ que ALEXY esquematiza en una trilogía de elementos, a saber, el de la legalidad conforme al ordenamiento jurídico, el de eficacia social y el de corrección material,⁸¹ específicamente, y en relación con la dimensión de este último elemento, en lo que concierne a la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral.⁸² Los principios, que como se dijo representan una tarea de optimización y no solo un conjunto de normas caracterizadas por la vaguedad, entrañan importantes consecuencias morales, pues si bien la tarea optimizatoria en cuestión es formalmente jurídica, en su fondo es esencialmente moral, dado que su contenido es esencialmente moral.

Sintéticamente, y como corolario de la tesis explicada, es de advertir que la teoría principalista (en el sentido fuerte asumido) distingue las reglas de los principios en atención a su fuerza deóntica, a saber, los principios admiten una gradación de cumplimiento ya que entrañan una exigencia de optimización, mientras que las reglas ordenan sin la posibilidad de concurrencia de soluciones aplicativas intermedias. Además, la teoría principalista ha sostenido que las reglas y los principios presentan metodologías diferenciadas para su aplicación, siendo este el presupuesto de la ponderación, cuestión a la que se dedicará el apartado que sigue.

V. Los principios y la metodología de la aplicación del Derecho. La ponderación

La definición de la ponderación implica un posicionamiento desde la metodología de la ciencia del Derecho, y muy

⁸⁰ Cfr. ALEXY, R., *El concepto y la naturaleza del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 73-96.

⁸¹ Cfr. ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 21.

⁸² Cfr. ALEXY, R., "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la Moral," en ALEXY, R., *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 2006, pp. 43-69.

especialmente desde la teoría de las normas jurídicas, pues debe reconocer como presupuesto la existencia de estructuras normativas diferentes de las reglas, es decir, debe participar de un juicio de afirmación con respecto a los principios. Es de observar, como ha indicado Aharon BARAK, que el ambiente jurídico no contiene solo a las disposiciones legales más cercanas, “(...) sino también los crecientes círculos concéntricos compuestos por los principios aceptados, por las finalidades básicas compartidas y por los criterios jurídicos fundamentales (...)”⁸³ La ponderación es, efectivamente, un criterio de diferenciación entre la categoría de los principios frente a la categoría de las reglas, entendidas ambas como tipos diferentes de normas jurídicas.

En términos generales, la ponderación puede ser definida como una de las formas básicas de aplicación de las normas, esto en el entendido de que a través de ella se aplican los principios, mientras que a través de la subsunción se aplican las reglas. No obstante, y más allá de los contornos de la aplicación del Derecho propiamente dicha, la ponderación supone importantes incidencias en lo relativo a la interpretación y a la argumentación en sede jurídica.

Si bien la ponderación cobra relevancia en todos los escenarios en los que se haga necesaria la aplicación de un principio, en tanto estos no pueden ser asumidos, tal cual lo son las reglas, como mandatos que se aplican a un caso concreto en términos de todo o nada, sino como normas cuyas posibilidades de realización dependen de la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas y jurídicas, lo que supone una indiscutible gradación en el extensión de su contenido (pueden cumplirse en diversos grados),⁸⁴ es lo cierto que su

⁸³ BARAK, A., *Proporcionalidad...*, op. cit., pp. 97-98.

⁸⁴ Cfr. ALEXY, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 23 y ss. Una reacción crítica en GARCÍA AMADO, J. A., “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación,” en *Revista Iberoamericana de Argumentación*, no. 13, Departamento de Lógica, Historia y Filosofía de la

instrumentación más evidente tiene lugar en la solución de los episodios de colisión principal, los que a su vez tienen en el ámbito constitucional su entorno natural.⁸⁵ En dicho ámbito se impone la ponderación tanto en los supuestos de colisión entre dos (o más) principios constitucionales, es decir, con regulación en el texto constitucional, como en los predios del control de constitucionalidad respecto a las disposiciones normativas de jerarquía inferior que, potencialmente, restringen o contravienen un bien jurídico constitucionalmente tutelado.

Se hace alusión entonces a una forma de tomar decisiones definida por la imperatividad de sopesar razones que interactúan a favor y en contra de soluciones que normativamente cuentan con un nivel de estandarización, trastocado o desfigurado por un conflicto circunstancial, a la par que a la forma de fundamentar estas decisiones y los resultados que de ellas se segregan,⁸⁶ siendo esta especialidad la que diferencia a la ponderación de la subsunción.⁸⁷ Este mecanismo de razonamiento, reflejo de la complejidad que a la aplicación del Derecho es

Ciencia, UNED, 2016, pp. 11-12; y en DE LORA, P., "Tras el rastro de la ponderación," en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, no. 60, 2000, pp. 263 y ss.

⁸⁵ WEBBER, G. C. N., "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship," en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Ottawa, vol. XXIII, 2010, pp. 179-202; ALEINIKOFF, T. A., *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*, Lima, Palestra, 2010, pp. 31-32; y GUASTINI, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 167.

⁸⁶ Cfr. BERNAL PULIDO, C., *El principio...*, op. cit., pp. 720-727. Una idea concordante en PORTOCARRERO QUISPE, J. A., "Ponderación," en *Economía*, no. 12, abril-septiembre de 2017, pp. 210-221. También *vid* el ilustrativo estudio desarrollado por DE LA SIERRA, S., "La ponderación y su contexto. Una reflexión a título introductorio," en ORTEGA, L., y S. DE LA SIERRA., *Ponderación y Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 99-114.

⁸⁷ La visión clásica de LARENZ califica a la subsunción como de *participación limitada* en la obtención de la premisa menor. Para este autor alemán la aplicación jurídica entraña siempre una valoración. No obstante, deja un espacio de posibilidad para los silogismos de subsunción en los supuestos de hecho que son configurados conceptualmente de un modo tan amplio -bien sea ya por el legislador o con ayuda de la Jurisprudencia científica- que permiten efectuar la integración, en la mayoría de los casos, en la forma lógica que esta figura establece. También entonces, "(...) sigue siendo válido, ciertamente, que la subsunción presupone un enjuiciamiento del hecho, el cual, por su parte, no se refiere ya, en

inherente, exige una aceptación de posicionamientos iusfilosóficos que trasciendan la exegesis y se adentren en las breñas del fenómeno jurídico desde una perspectiva holística.

Así, para brindar solución al caso **A**¹, desarrollado en el contexto **X**, se presentan como óptimas las construcciones jurídico-normativas **P**₁ y **P**₂, dotadas de sentido principal, cuyas consecuencias resolutivas exhiben notas distintivas no despreciables, motivo por el cual el intérprete debe dilucidar cuál de las variantes acopiadas exterioriza un mayor peso,⁸⁸ o lo que es lo mismo, cuál de las variantes se eleva como la más adecuada para fungir como pauta de traducción jurídica para con la realidad social contenida en el caso, esto de acuerdo con una serie de factores de naturaleza múltiple que deben ser comprendidos en un ejercicio argumentativo consecuente.

El resultado de la ponderación lo constituye un enunciado de preferencia cuya forma lógica es la siguiente: el principio **P**₁ tiene más peso (más valor, resulta más idóneo) que el principio **P**₂ en el contexto **X** en el que se desarrolla el caso **A**¹. La utilización del término preferencia tiene una marcada intencionalidad, a saber, el enunciado descrito no indica la validez de **P**₁ y la invalidez de **P**₂. El enunciado de preferencia (que en sí mismo es un juicio comparativo entre el peso de **P**₁ y **P**₂) resulta a su vez de un juicio comparativo entre las soluciones que al caso concreto aportan los principios **P**₁ y **P**₂, tomando en consideración la justicia y la racionalidad que estas suponen.⁸⁹ En consecuencia,

último término, al silogismo, sino sólo a juicios de percepción y experiencia (...)." LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 269.

⁸⁸ Sobre este aspecto la profesora Laura CLÉRICO anotó que la referencia a la ponderación ha de realizarse en alusión a un proceso de preparación de la determinación de la relación de prioridad o preferencia condicionada. En sus palabras, "(...) se trata (...) de la determinación de la existencia de una regla-resultado de la ponderación que sea vinculante prima facie para la solución de la colisión sin ponderación y, si no fuere el caso, de la determinación del peso abstracto y concreto de los principios y de la intensidad de la interferencia (...)." CLÉRICO, L., *El exámen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, p. 200.

⁸⁹ Cfr. JANSEN, N., "Los fundamentos normativos de la ponderación racional en el derecho," en SIECKMANN, J-R (ed.), *La teoría...*, op. cit., p. 58; y MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos...*, op. cit., p. 155.

si la solución S_1 corresponde a la aplicación del principio P_1 , y la solución S_2 corresponde a la aplicación del principio P_2 , la estimación de un mayor peso a favor del principio P_1 respecto al principio P_2 depende de una mayor estimación de la justicia y la racionalidad que entraña la solución S_1 respecto a la solución S_2 , o viceversa.⁹⁰ Ahora bien, la preferencia del principio P_1 respecto al principio P_2 , y, por ende, la preferencia de la solución S_1 respecto a la solución S_2 , es condicional, es decir, depende del contexto X en el que se desarrolla el caso A^1 . Ergo, la preferencia descrita no debe necesariamente cobrar vigor en el contexto Y en el que se desarrolla el caso A^2 , donde también se ha denotado una colisión entre los principios P_1 y P_2 .

De lo anterior es posible colegir que la ponderación se manifiesta en una estructura de argumentación jurídica, pues supone la organización y el contrapunteo de argumentos, no brindando per se un criterio material determinante del contenido objetivo de los principios que, una vez entrados en colisión, deben ser sopesados. Una colisión de principios se configura cuando “(...) en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan prima facie dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso (...)”⁹¹ La ponderación se cristaliza entonces en el establecimiento y la fundamentación suficiente de una relación de precedencia de un principio con respecto a otro, condicionada por factores fácticos y jurídicos.

Ahora bien, la manifestación de la ponderación en una estructura de argumentación jurídica tiene como función específica justificar un estado puntual de prioridad de un principio con respecto a otro. Esta prioridad es de naturaleza puntual porque depende la apreciación axiológica de las circunstancias fácticas y jurídicas que concurren en un caso concreto y no de los escalonamientos jerárquicos propios del sistema de fuentes.

⁹⁰ Cfr. GUASTINI, R., *Ensayos...*, op. cit., p. 149.

⁹¹ BERNAL PULIDO, C., “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, Alicante, no. 26, 2003, p. 226.

El hecho de que la ponderación suponga una preeminencia principal concreta está dado por la no existencia de un criterio de jerarquía en la ordenación de los principios, pues de lo contrario no sería cosa diferente a un mecanismo abstracto de gradación de estos con posibilidad de ser generalizado para la solución de conflictos de esta naturaleza.

El contenido axiológico de los principios y las cargas argumentativas que impone la instrumentación de la ponderación dan al traste con la configuración de un giro argumentativo⁹² que en los días que corren tiene una preeminencia significativa, sobre todo el ámbito jurisdiccional.⁹³ En el pensamiento de ALEXY, la ponderación es un subprincipio del principio de proporcionalidad, y este, según diserta BERNAL PULIDO, es una estructura argumentativa precisa, compuesta por varias cargas de argumentación, “(...) libre de contradicción, que clarifica cuáles son las variables fácticas y normativas relevantes para la aplicación de los principios (...)”⁹⁴ Así, los principios no solo son objetos de la ponderación, ya que además constituyen razones para la realización de los juicios ponderativos. Los principios son en sí mismos argumentos normativos.⁹⁵ Tiene razón entonces ATIENZA cuando califica de obvio el hecho de que “(...) esa nueva concepción del Derecho (y el fenómeno del constitucionalismo en cuanto tal) supone una mayor demanda de justificación, de argumentación, en el Derecho: tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Y lleva también a que el razonamiento jurídico no pueda configurarse como un razonamiento insular: la argumentación

⁹² Apud ROMERO MARTÍNEZ, J. M., *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, México, UNAM, 2017, pp. 59-130. Además, vid MORESO I MATEOS, J. J., *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, UOC, 2005, pp. 109 y ss.

⁹³ Vid IBÁÑEZ, P. A., y R. ALEXY., *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, 2016, pp. 53 y ss.

⁹⁴ BERNAL PULIDO, C., *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 394.

⁹⁵ SIECKMANN, J-R., “Los derechos fundamentales como principios,” en SIECKMANN, J-R., (editor), *La teoría...*, op. cit., p. 32.

jurídica tiene, necesariamente, un componente moral y político, pero ello no implica desconocer sus peculiaridades: la unidad de la razón práctica no supone la confusión entre el Derecho, la moral y la política (...).”⁹⁶

Lo explicado no es óbice para rechazar la posibilidad de construir paulatinamente un catálogo de reglas de prioridad⁹⁷ que, concebidas a través de la instrumentación de la ponderación, valgan como guías para la solución de determinados casos en que se configure una colisión de principios.⁹⁸ Estas reglas reflejan la relación entre las consideraciones sobre los fundamentos que sustentan la realización plena de los principios que participan del conflicto, es decir, determinan en que supuestos el cumplimiento de un principio implica la restricción de otro; se materializan en tendencias jurisprudenciales y son parámetros de la racionalidad de la ponderación, esto en el sentido de que dotan de coherencia a la actividad decisoria de los jueces. La operatividad de estas reglas depende de la similitud sustancial de los casos reiterados en el tiempo, pues resulta obvio que un cambio de circunstancias, sean fácticas o jurídicas, puede provocar su enervación.

Como se puede apreciar, esta representación analítica se sedimenta en la aplicación misma de los principios, entendida como una necesidad ante los ineludibles déficits de un sistema normativo cerrado, integrado únicamente por reglas con autonomía semántica, es decir, por “(...) reglas cuyo significado en principio puede determinarse sin necesidad de acudir a las razones subyacentes a esas mismas reglas, a las razones que justifican modelizar deónticamente de una cierta manera una determinada forma de conducta (...) en circunstancias determinadas

⁹⁶ ATIENZA, M., *Curso...*, op. cit., p. 29.

⁹⁷ Vid ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017, pp. 157-158; y ATIENZA, M., “A vueltas con la ponderación”, en ATIENZA, M., y J.A. GARCÍA AMADO., *Un debate sobre la ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2012, pp. 34-35.

⁹⁸ Apud CLÉRICO, L., “Sobre casos y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?”, en *Isonomía*, no. 37, octubre de 2012, p. 130.

que la regla caracteriza asimismo de manera precisa (...).”⁹⁹ La utilidad de los principios, sin depreciación de la función informadora que realizan en el ordenamiento jurídico, se advierte en un grupo de contingencias normativas que descartan la idoneidad de las reglas, configuradas por la imposibilidad de incluir hechos sociales con trascendencia jurídica en sus formulaciones hipotéticas, es decir, por la ocurrencia de un fallo (inevitable) de previsibilidad regulativa, o porque la selección de la regla a aplicar tiene como fuente a la arbitrariedad, o porque con la aplicación de la regla se quiebran trascendentales cánones axiológicos.

Las notas distintivas de los principios impiden una solución netamente subsuntiva ante un escenario conflictual entre ellos, ya que sus posibilidades de cumplimentación movable y condicionada¹⁰⁰ requieren una mayor plasticidad, capaz de expresar la materialización de su máxima realización a través de juicios ponderativos que determinen su procedencia. Evidentemente, este razonamiento no puede ser absolutizado, pues solo se refiere al plano externo del problema, lo que no desdice que entre subsunción y ponderación exista una rica relación subyacente, ya que una vez seleccionado el principio vencedor, como resultado del procedimiento ponderativo, lo que queda es subsumir el caso en sus límites de normación. En otro sentido, y en aquiescencia con BOROWSKI, las reglas pueden hacer referencia a principios, de forma que su contenido dependa de la

⁹⁹ RUIZ MANERO, J., “Rule of Law y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar,” en Alonso, J. P., *Imperio de la ley y ponderación de principios*, Buenos Aires, Astrea, 2018, p. 25.

¹⁰⁰ En ocasión de la diferenciación entre principios y reglas, los españoles Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO entendieron que, en su aspecto normativo, la contribución de los principios a la argumentación es más modesta que la de las reglas, lo que fue desarrollado como la aceptación de una nota de complejidad superior de la ponderación frente a la subsunción. Para estos autores, la regla opera “(...) como un elemento que reduce la complejidad de los procesos de argumentación. Sin embargo, los principios (...) no eximen de la tarea de efectuar la ponderación (...)”. ATIENZA, M., y J. RUIZ MANERO., “Sobre principios y reglas,” en *Doxa*, Alicante, no. 10, 1991, p. 115. Además, *vid* ATIENZA, M., y J. RUIZ MANERO., *Las piezas...*, op. cit., pp. 21-22.

ponderación.¹⁰¹ Aún más, la propia identificación del conflicto entre principios exige un razonamiento previo de subsunción, pues se hace preciso delimitar la aplicación de los principios enfrentados al caso concreto, es decir, se requiere dejar sentado que los particulares del caso se hallan incluidos en el espectro de aplicación de los principios contendientes. No obstante, es también posible que los principios en pugna cuenten con hipótesis difusas, de difícil captación, lo que implicaría realizar una subsunción valorativa,¹⁰² esto es, una estimación de los límites de la regulación principal y de las características del caso concreto a fin de lograr una apreciación de congruencia.

Subsunción y ponderación no son, ni pueden ser, operaciones antitéticas. Si bien es posible subsumir sin ponderar, es impensable poder ponderar sin subsumir. La subsunción, en un primer momento, circunscribe el espacio de la oposición de los principios, resulta una operación necesaria *ex ante* de la ponderación. En un segundo momento, realizada la ponderación propiamente dicha, es decir, habiéndose determinado racionalmente el principio derrotado y el principio vencedor, se requiere de la subsunción para brindar al caso concreto la solución que este último postula, siendo aquí una operación necesaria *ex post* de la ponderación. Existe entonces una concatenación lógica entre subsunción y ponderación que se realiza en la solución de los casos que entrañan una colisión de principios. Subsunción y ponderación tiene una relación recíproca, pues como ha indicado GARCÍA FIGUEROA, "(...) la subsunción es

¹⁰¹ Cfr. BOROWSKI, M., "La ponderación en la estructura jerárquica del derecho", en *Revista de la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico*, Ponencia presentada en las Jornadas sobre *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales*, celebrada en el Palacio de Aljafería, sede de las Cortes de Aragón, los días 24 y 25 marzo de 2015, p. 58.

¹⁰² La expresión es utilizada por PRIETO SANCHÍS, cuyo razonamiento al respecto consiste en explicar que a veces, las normas llamadas a ser ponderadas carecen o presentan de forma fragmentaria "(...) el supuesto de hecho, de modo que decidir que son pertinentes al caso implique un ejercicio de subsunción que pudiéramos llamar valorativa (...)." PRIETO SANCHÍS, L., "El juicio de ponderación constitucional," en CARBONELL, M., (editor), *El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia, 2008, p. 104.

el ideal de la ponderación y la ponderación la realidad de la subsunción (...).”¹⁰³

La incidencia de la ponderación en los predios de la estructura formal y graduada del ordenamiento jurídico, consistente en la conservación de la validez del principio derrotado, tiene como apoyatura otro de los presupuestos que han de guiar el análisis, incardinado en la afirmación de no contemplación de criterios jerárquicos en la aplicación de esta tipología normativa. La premisa que utiliza ZAGREBELSKY, resumida en reconocer que “(...) la pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación (...),”¹⁰⁴ arroja la ratio de la peculiaridad de persistencia de la validez ya apuntada. La ponderación, consecuentemente, no versa sobre la exclusión, por declaración de invalidez, de una norma aparentemente seleccionable como criterio de resolución en un ambiente de concurrencia normativa múltiple y contradictoria ante un altercado.

En conclusión, la ponderación es un juicio de factibilidad para con la aplicación de un principio, siendo uno de sus correlatos el dejar sentado que la preferencia se desglosa de circunstancias particulares de la causa, y no en la virtualidad de premisas de jerarquía o preminencia normativa, de modo que cabe perfectamente la posibilidad de que en un caso posterior, entradas en vigor circunstancias diferenciadas, sea legítimo aplicar el principio que anteriormente fuera postergado. Es por esto que en frecuencia dicotómica se puede aseverar que los conflictos entre reglas se circunscriben al plano de la validez, mientras que los episodios de colisiones de principios la trascienden, recreándose en la dimensión (metafórica) del peso, ya que es del todo loable la admisión de que solamente los principios válidos pueden colisionar.

¹⁰³ GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios...*, op. cit., p. 199.

¹⁰⁴ ZAGREBELSKY, G., *El derecho...*, op. cit., p. 125.

VI. Los principios y la teoría de los derechos fundamentales. La proporcionalidad

La dimensión conceptual de los derechos fundamentales resulta de las más debatidas en la teoría jurídica occidental contemporánea. Como bien señaló el profesor BERNAL PULIDO, este concepto “(...) ha sido objeto de un sinnúmero de definiciones, acuñadas a partir de una gran variedad de perspectivas, cada una de las cuales acentúa ciertos rasgos específicos o enfatiza determinados matices o singularidades de esta figura jurídica (...)”¹⁰⁵

Ahora bien, la teoría de los derechos fundamentales desarrollada durante el último cuarto del siglo XX, que resulta ser la salida teórica más exhaustiva y extendida, no puede explicarse sin alusión a la teoría de los principios, y muy especialmente a la variante descrita por Robert ALEX Y. En este sentido, la divergencia conceptual que opera entre los principios y las reglas ha fungido como apoyatura de cuestiones tan esenciales como la identificación del contenido y de los límites de los derechos fundamentales; además de posibilitar la concepción, con base en la experiencia jurisdiccional, de la potencialidad conflictual que estos presentan en ocasión del tráfico jurídico, en tanto sus contenidos colisionan en no pocos conflictos concretos que trascienden a la mera aplicación por subsunción de una regla.

Es en esta cadencia que ALEX Y ha sostenido que la distinción entre principios y reglas constituye “(...) la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico (...)”¹⁰⁶ Es decir, esta distinción se presenta, además, como “(...) un soporte sobre el que se asienta, en

¹⁰⁵ BERNAL PULIDO, C., *El principio...*, op. cit., p. 100.

¹⁰⁶ ALEX Y, R., *Teoría de los derechos...*, op. cit., p. 81.

general, la solución de todos los casos en los que se encuentran en juego los derechos fundamentales (...).”¹⁰⁷

La expresión regular de la teoría de los derechos fundamentales en derredor del principalismo, que como se dijo ostenta su epicentro en la iusfilosofía alexyana, tiene su base en la concepción de los derechos constitucionales como principios, y de estos como mandatos de optimización que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas que concurran en la figuración de un supuesto concreto. Así, los conflictos entre derechos fundamentales se resuelven mediante la realización de un test de proporcionalidad, entendido este como el principio de mayor relevancia *ab intra* del ordenamiento jurídico. Este principio de proporcionalidad se estructura de forma tripartita, es decir, contempla en su ontología tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Los subprincipios de idoneidad y de necesidad hacen referencia a la optimización en relación con las posibilidades fácticas, ya que de lo que se trata es de “(...) impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios (...)”.¹⁰⁸ Esto se traduce en que la imposición de una medida que limita el ejercicio de un derecho en aras de satisfacer otro, debe ser la más idónea y necesaria, dentro de todas las opciones posibles, en aras de realizar esta finalidad, es decir, no puede configurarse otra medida que suponga la consecución de fines idénticos y que implique un resultado limitativo de menor entidad. Por otra parte, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación se refiere a la optimización en relación con las posibilidades normativas, estando dotado de una estructura

¹⁰⁷ CIANCIARDO, J., “Principios...”, op. cit., p. 894.

¹⁰⁸ ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra, 2007, p. 459.

también tripartita: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

La ley de la ponderación es anunciada a través de una proposición que establece que “(...) cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro (...)”.¹⁰⁹ De esta manera se expresa que la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario no consiste en nada diferente a la ponderación. El desarrollo de esta ley consta de tres pasos fundamentales, a saber, la definición del grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios; la definición de la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y la definición de si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.¹¹⁰

¹⁰⁹ *Idem*, p. 460.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 460. Para mostrar la posibilidad de juicios racionales en relación con la intensidad de la interferencia y con los grados de importancia, ALEXI analiza dos decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán: 1-) El primer supuesto decisorio se relaciona con las advertencias de los riesgos para la salud. ALEXI describe las circunstancias del caso del modo que sigue: “(...) El Tribunal califica el deber de las compañías de tabaco de advertir sobre el riesgo de fumar como una interferencia relativamente menor o leve respecto a la libertad de ejercer una profesión (*Berufsausübungsfreiheit*). Por lo contrario, una prohibición total de todos los productos del tabaco sería considerada una interferencia grave. Entre estos casos leves y graves se pueden encontrar interferencias de intensidad moderada. En este sentido, es posible desarrollar una escala con niveles de leve, moderado y grave. Este ejemplo demuestra que se pueden realizar asignaciones válidas de acuerdo con esta escala (...)” Ello también es posible, sigue explicando ALEXI, “(...) en relación con la fundamentación opuesta. Los riesgos que se generan por fumar son enormes. Por ello, las razones que justifican la interferencia son de gran peso. En este sentido, si la intensidad de la interferencia se establece como leve o menor, y el grado de importancia de las razones para interferir es alto, entonces, el resultado del examen de proporcionalidad en el sentido estricto puede ser bien descrito -como, de hecho, lo hizo el Tribunal Constitucional Federal alemán- como obvio (...)” ALEXI, R., “Ponderación, control de constitucionalidad y representación,” en IBÁÑEZ, P. A., y ALEXI, R., *Jueces...*, op. cit., p. 5-6; 2-) El segundo supuesto versa sobre la clásica colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor. ALEXI describe las circunstancias del caso del modo que sigue: “(...) Una revista satírica de gran circulación, *Titanic*, se refirió a una militar paraplégica retirada como *asesino nato* y, en una edición posterior, le llamó *tullido*. Un tribunal alemán (el Tribunal Superior de Düsseldorf) resolvió en contra de la revista, condenándola a

La fórmula del peso, por su parte, desarrolla la ley de la ponderación, esto en el sentido de determinar el peso abstracto y el peso concreto de los principios que colisionan y la intensidad en abstracto y en concreto de la restricción de los derechos del afectado de modo de no exigirle, además, tolerar una restricción insoportable.¹¹¹ Esta fórmula es presentada por ALEXY en términos aritméticos, y constituye, expresado sintéticamente un procedimiento para determinar el peso concreto del principio **Pi** en relación con el principio **Pj**, a la luz de las circunstancias de un caso.¹¹²

Finalmente, las decisiones o proposiciones conectadas por la fórmula del peso deben ser justificadas mediante ulteriores argumentos. En otras palabras, “(...) la fórmula del peso es una clase de argumento. Las formas de argumento definen la estructura lógica de movimientos dentro de los discursos y muestran cómo los movimientos se relacionan entre sí (...)”¹¹³

pagar al oficial daños y perjuicios por un monto de 12 mil DM. *Titanic* interpuso un recurso de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional Federal llevó a cabo una ponderación de caso específico entre la libertad de expresión de la revista (artículo 5 (1) (1) de la norma fundamental) y, el derecho general a la identidad personal del oficial (artículo 2 (1) en conexión con el artículo 1 (1) de la misma norma) (...).” Para tal fin, explica ALEXY, el Tribunal determinó la intensidad de la afectación de esos derechos y las puso en relación. En el primer caso, relativo a la construcción *asesino nato*, se considera que la condena de la revista a indemnizar es una limitación grave de la libertad de expresión, mientras que la afectación del derecho al honor tendría como máximo una afectación de grado medio, por tratarse de una sátira y ser una fórmula empleada también en otras ocasiones y con otros personajes. Así que, comparadas ambas magnitudes, el Tribunal Constitucional Federal habría comprobado que la condena de *Titanic* resultaba *desproporcionada*. En lo referido a la segunda expresión cuestionada, es decir, *tullido*, el Tribunal habría comprobado que se trata de una vulneración muy grave o extraordinariamente grave del derecho al honor, pues es expresión humillante y que manifiesta falta de respeto. Así que, en este caso, la grave intervención en la libertad de expresión que supone la condena a indemnizar está compensada por la gravedad por lo menos idéntica del atentado contra el derecho al honor. ALEXY, R., “Ponderación...,” op. cit., pp. 6-7; y ALEXY, R., *Epílogo...*, op. cit., pp. 34-35.

¹¹¹ Apud CLÉRICO, L., *El examen...*, op. cit., pp. 354 y ss.

¹¹² Cfr. ALEXY, R., “La fórmula del peso,” en CARBONELL, M., (editor), *El principio...*, op. cit., pp. 13-42. Una explicación de la cuestión en BERNAL PULIDO, C., “La racionalidad de la ponderación,” en CARBONELL, M., (editor), *El principio...*, op. cit., pp. 43-68.

¹¹³ ALEXY, R., “Ponderación...,” op. cit., p. 10.

En definitiva, la ponderación no es posible sin el discurso, “(...) y las distintas clases de argumentos o estructuras de inferencias incluyen necesariamente la estructura ponderativa, tal y como lo pone de manifiesto la fórmula del peso (...).”¹¹⁴

VII. Precisión conclusiva

Es posible concluir que en el desarrollo de la reflexión jurídica occidental enmarcada en el siglo XX, las alusiones principalistas han sido constantes y han asumido derroteros de análisis diferenciados. En sentido general, las teorías principalistas (o sobre los principios) han tenido como denominador común la negación de las conclusiones del positivismo jurídico. Así, las teorías sobre los principios se han vinculado con conclusiones más generales relativas a la ontología del Derecho, específicamente en derredor de la aceptación o la negación de la tesis de separación entre el Derecho y la moral.

Consonantemente, las teorías sobre los principios han redimensionado los estudios sobre las normas jurídicas, esto por introducir en el debate la posibilidad de establecer distinciones entre reglas y principios, tanto en un sentido débil como en un sentido fuerte, basadas en la concurrencia de características divergentes en lo relativo a las dimensiones de estos tipos normativos (dimensión de validez en las reglas y dimensión de peso en los principios) y en la metodología de su aplicación (de todo o nada en las reglas y como mandatos de optimización en los principios).

Más recientemente, las teorías sobre los principios han tenido un impacto notable en los estudios sobre los derechos fundamentales, en el sentido de asumirse los primeros como las normas que contienen a los segundos, lo que ha permitido conjugar una visión más dinámica del contenido y los límites de estos, conjugándose en este sentido el principio de proporcionalidad como un instrumento clave para la función jurisdiccional.

¹¹⁴ ALEXY, R., “Ponderación...”, op. cit., pp. 10-11.

Igualmente, el principalismo ha tenido como dos de sus correlatos fundamentales a la configuración de la ponderación como método de aplicación del Derecho que, diferenciado de la subsunción, atiende fundamentalmente a la dimensión de peso de los principios, y a una concepción de la argumentación jurídica como una de sus exigencias elementales en el contexto del Estado constitucional de Derecho.

Republicanism y participación ciudadana en el diseño político-jurídico de la nueva Constitución de la República de Cuba de 2019¹

Republicanism and citizen participation in the political-legal design of the new Constitution of the Republic of Cuba of 2019

Republicanism e participação cidadã no desenho político-jurídico da nova Constituição da República de Cuba de 2019

Républicanisme et participation citoyenne à la conception politico-juridique de la nouvelle Constitution de la République de Cuba de 2019

共和主义和公民参与两千零一十九年古巴共和国新宪法的政治法律设计

Joanna González Quevedo²
Universidad de La Habana - Cuba

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 333-358

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e426>

Recibido: 01/06/2020

Aprobado: 01/08/2020

¹ Constitución de la República de Cuba de 10 de abril de 2019 publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No.5. AÑO CXVII.

² Profesora principal de Derecho Romano. Facultad de Derecho. Universidad de La Habana. Cuba. Licenciada en Derecho, La Habana 2006. Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, La Habana, 2010. Doctora en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2014. Culminó sus estudios doctorales en la Universidad de Buenos Aires en julio de 2014. Realiza estudios post doctorales sobre República y participación ciudadana en las Universidades de Verona, Padova y Bologna, Italia. Emails: joannagonzalez3@lex.uh.cu y joannaglez1983@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6478-5853>).

Resumen: Este ensayo tiene como objetivo argumentar cómo una adecuada construcción teórica de la recepción de los principios del republicanismo romano en Cuba, puede contribuir al perfeccionamiento jurídico de la participación política del ciudadano, como esencia del diseño político-jurídico nacional. Como consecuencia de lo anterior, se imponen varias interrogantes: ¿cómo se aprecia la presencia o no de los principios del republicanismo romano en la nueva Constitución del año 2019 y otras disposiciones normativas referentes al derecho de participación?, ¿Qué deficiencias fueron superadas en la concepción ordenadora de la participación política del ciudadano, en consonancia con las bases republicanas y democráticas sobre las cuales se asienta, en el diseño político-jurídico nacional? Esta última interrogante es vital para que no fracase el proceso de cambios. No basta sólo tener en cuenta los fundamentos romanistas presentes en el Magno texto, sino que también la fundamentación, desde una visión *iusrepublicana*, ha de proponer modificaciones en la concepción ordenadora de la participación política, para contribuir al perfeccionamiento de la democracia en la República de Cuba.

Palabras clave: Recepción, Derecho Romano, República, Democracia en Cuba.

Abstract: This essay has as objective to argue how an appropriate theoretical construction of the reception of the principles of the Roman republicanism in Cuba, it can contribute to the juridical improvement of the citizen's political participation, as essence of the national design political and juridical. As the above-mentioned consequence, several questions are imposed: how is the presence appreciated or not of the principles of the Roman republicanism in the defined political lines starting from the Sixth Congress, of face to the unavoidable bring up to date of the New Constitution from 2019 and other relating normative dispositions to the participation right?, What deficiencies are they present in the conception of the citizen's political participation that are incongruous with the republican and democratic bases on which settles, in the national political-juridical design? This last query is vital so that the process of changes doesn't fail. It only is not enough to keep in mind the foundations of the Roman law in the lines that must guide the improvement, but rather also the foundation, from a vision of the Republic, it must propose modifications in the conception of the political participation, to contribute to the improvement of the democracy in the Republic of Cuba.

Keywords: Reception, Roman Law, Republic, Democracy in Cuba.

Resumo: Este ensaio tem como objetivo argumentar como uma construção teórica adequada da recepção dos princípios do republicanismo romano em Cuba, pode contribuir para a melhoria jurídica da participação política do cidadão, como essência do desenho político-jurídico nacional. Como consequência do anterior, prevalecem várias questões: Como pode ou não ser apreciada a presença dos princípios do republicanismo romano na nova Constituição de 2019 e noutras disposições normativas referentes ao direito de participação?, que deficiências foram superadas na concepção organizativa da participação política do cidadão, em consonância com as bases republicanas e democráticas em que se baseia, no desenho político-jurídico nacional? Esta última questão é vital para que não falhe o processo de mudança. Não basta só ter em conta apenas as fundamentos romanistas presentes no Magno Texto, mas também a fundamentação, a partir de uma visão jusrepublicana, tem que propor modificações na concepção organizadora da participação política, para contribuir a melhoria da democracia na República de Cuba.

Palavras-chave: Recepção, Direito Romano, República, Democracia em Cuba.

Résumé: Cet essai vise à démontrer comment une construction théorique adéquate de la réception des principes du républicanisme romain à Cuba peut contribuer à l'amélioration juridique de la participation politique du citoyen, en tant qu'essence de la conception politico-juridique nationale. En conséquence de ce qui précède, plusieurs questions se posent: comment la présence ou non des principes du républicanisme romain est-elle appréciée dans la nouvelle Constitution de 2019 et dans d'autres dispositions normatives relatives au droit de participation? Quelles lacunes ont été surmontées dans le Organiser la conception de la participation politique citoyenne, en accord avec les bases républicaines et démocratiques sur lesquelles elle se fonde, dans la conception politico-juridique nationale? Cette dernière question est vitale pour que le processus de changement n'échoue pas. Il ne suffit pas seulement de prendre en compte les fondations romanistes présentes dans le Grand Texte, mais aussi la fondation, d'un point de vue républicain, doit proposer des modifications dans la conception ordonnatrice de la participation politique, pour contribuer à l'amélioration de la démocratie dans la République de Cuba.

Mot-clés: Réception, droit romain, République, démocratie à Cuba

摘要: 本文旨在论证, 对古巴的罗马共和主义原则的接受进行适当的理论建构, 如何能作为国家政治法律设计的实质, 促进公民政治参与的法律改善. 由于上述原因, 提出了几个问题: 两千零一十九年新宪法和有关参与权的其他规范性文件如何赞赏罗马共和主义原则的存在? 在国家政治法律设计中, 根据公民所基于的共和制和民主基础来组织公民的政治参与构想? 最后一个问题至关重要, 因此更改过程不会失败. 不仅考虑到大文本中存在的罗马人基础, 而且从欧共体的角度来看, 该基础还必须对政治参与的秩序概念提出修改, 以促进共和国民主的发展古巴.

关键字: 接待, 罗马法, 共和国, 古巴民主

I. Principios informantes del republicanismo democrático romano

La esencia del presente estudio se encuentra en la fundamentación de los aportes del republicanismo romano para la recepción del Derecho Público Republicano Romano en América Latina, fundamentalmente en Cuba. Como dirían los romanos “de cada cosa, el principio es la parte esencial³”. Por tal razón, este trabajo es una muestra de la oportunidad y la preocupación científica de encontrar, en los orígenes del modelo *iuspublicístico* romano, las bases de una temática esencial para la contemporaneidad, como lo es la participación ciudadana. Como pauta el libro 1 del Digesto Justiniano, la investigación se abocó al estudio de la historia vital del sistema romanista y no al análisis del sistema romanista disuelto en la historia como mera referencia antigua.

El tema de la recepción del iusrepublicanismo romano, particularmente en Cuba, no obstante, su aludida trascendencia, adolece de un escaso abordaje científico. Asistimos así a

³ Cfr. D. 1. 2. 1. GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, primera parte Instituta-Digesto, Ediciones. Antiguas y Modernas, Barcelona, 1889, p. 5.

una insuficiente construcción teórica que fundamente la recepción del iusrepublicanismo romano en Cuba. Esto ha traído como consecuencia un desconocimiento de las auténticas raíces patrias y, por tanto, de los orígenes y los principios romanistas que ha recibido el republicanismo cubano en materia de participación política.

Desde las ciencias jurídicas-especialmente en los estudios de Derecho Romano-, es poco frecuente la sistematización, con un carácter integral y uniforme, de las bases del republicanismo democrático romano y su impronta para la unidad de principios del sistema de Derecho continental desde una visión *iuspublicística*, amén de la existencia de valiosos ensayos y autores, estudiosos del Derecho Público Romano.⁴

La importancia del conocimiento de los principios que extraídos del Derecho Romano siguen siendo como la propia historia en que se generaron y tienen el propio rango de esta, constituye un imperativo para cualquier estudioso del romanismo. Ello obliga a ser, parafraseando a CÍCERÓN, testigo de los tiempos, luz de la verdad, vida de la memoria, y mensajeros de la antigüedad⁵.

Entonces, sobre la base de los fundamentos históricos del *iuspublicismo* romano y del estudio detallado de sus fuentes originarias de conocimiento, veamos cuáles pueden considerarse, los principios informantes del Iusrepublicanismo romano⁶:

⁴ Entre otros trabajos, pueden verse, CATALANO, Pierángelo, *Constitución y constitucionalismo hoy*, *ob.cit.*; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Separata de Derecho Público Romano*, *ob.cit.*; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Público Romano*, Ed. Civitas, decimocuarta edición, 2011; FERNÁNDEZ ESTRADA, Julio Antonio, *De Roma a América Latina: El tribuno del pueblo frente a la crisis de la República*, *ob.cit.*; LOBRANO, Giovanni, "Republica e municipi", en *Costituzionalismo Latino II*, Consiglio Nazionale delle Ricerche Progetto Italia – América Latina, 1996; RINALDI, Norberto, *Lecciones ampliadas de Derecho Romano*, 1ra Edición, Buenos Aires, 2007; RUBIO CORREA, Marcial, "La participación del pueblo en la elaboración constitucional dentro de los países latinoamericanos de Sudamérica", en *Costituzionalismo Latino II*, Consiglio Nazionale delle Ricerche Progetto Italia – América Latina, 1996; TORRENT, Armando, *Derecho Público Romano y sistema de fuentes*, Edisofer S.L, Zaragoza, 2002;

⁵ CÍCERÓN, De República, En NAVARRO Y CALVO, Francisco, (Traductor), *ob.cit.*, p. 140.

⁶ GONZÁLEZ QUEVEDO, Joanna, "Principales aportes del modelo clásico de Derecho Público Republicano Romano para la unidad de principios del republicanismo democrático", en *Revista*

1. La *Respublica* es la organización política del *populus* romano.
2. La *potestas* (soberanía) del *populus* es la base de la *Respublica*.
 - 2.1 La *potestas* reside en el pueblo, es indelegable y se ejerce a través de instituciones de participación, desde el nivel municipal y hasta el nivel central de ejercicio del poder.
 - 2.1.1 La *potestas* es indivisible, por lo que el poder no se puede dividir.
 - 2.1.2 Ley pública como máxima expresión de la *potestas* republicana.
3. Existencia del poder negativo directo contra actos lesivos a la *potestas* del *populus*.
4. Dada la complejidad de la ejecución de las decisiones políticas, para el ejercicio efectivo del gobierno deben elegirse funcionarios específicos denominados magistrados.
 - 4.1 Los cargos políticos o magistraturas deben ser ejercidos por un cierto período de tiempo, son revocables y deben ser irreelegibles de forma inmediata.

En efecto, el *populus romanus* no era una abstracción inasible, sino el resultado de la concreta y específica sumatoria de los ciudadanos organizados tanto a nivel de la ciudad de Roma como de los municipios⁷. La soberanía, concretada mediante los mecanismos de participación ciudadana, constituía la base de la *Respublica* y era absolutamente indelegable de la misma manera que hoy es indelegable el ejercicio del sufragio. Respecto a la indelegabilidad, constituye una consecuencia lógica del origen miliciano de los primeros comicios, donde los soldados se pronunciaban con las armas en la mano. En esos casos, sólo los ciudadanos-soldados romanos presentes podían manifestar su

española de Republicanismo "Sin Permiso" disponible en www.sinpermiso.info/articulos/ficheros/11romano.pdf, pp. 5-7.

⁷ RINALDI, Norberto Darío, "La resurrección del Derecho Público Romano" en, *Memorias del XIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, La Habana 2002, editadas por Universidad de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, México, p. 231.

libertad sufragando a través de sus aclamaciones. El principio de la “libertad popular” implicaba al decir de CATALANO⁸ la intervención inmediata de los ciudadanos en el ejercicio del poder popular soberano a través de instituciones que se concretan en dos procesos fundamentales: discusión-veto (*intercessio*) -aprobación-abrogación de las leyes y elección-revocación de los magistrados.

Nótese que CATALANO habla de intervención inmediata. Ahora bien, algunas interrogantes se imponen al respecto en un orden clasificatorio: ¿Toda participación directa es a la vez inmediata? Y en consecuencia, ¿todas las instituciones romanas de democracia directa pueden ser consideradas instituciones de participación inmediata de cara a la tesis del republicanismo democrático? Y por último, ¿cabe hablar de participación indirecta en el republicanismo romano?

Con apego al *étimo* de los términos, se advierte que lo directo presupone una acción que se encamina o dirige a determinados fines, mientras que lo inmediato implica que esa actividad produzca efectos próximos en el tiempo, sin mediaciones impeditivas de su eficacia y del carácter vinculante de lo que decida el soberano. Toda participación política por antonomasia es directa en tanto se encamina a que los ciudadanos tomen parte por sí mismos en los procesos decisorios. El carácter directo de la participación es un presupuesto de la cualidad de lo inmediato, por lo que no cabe hablar de participación indirecta en un modelo político como el romano, que por ser indelegable la *potestas* no conoció la institución de la representación.

La teoría clásica de la representación política⁹, tiene como principales presupuestos la prohibición del mandato imperativo,

⁸ CATALANO, Pierángelo, “Choque de sistemas jurídicos en la perspectiva latinoamericanista”, en *Memorias del XV Congreso latinoamericano de Derecho Romano*, Morelia 2006 p.31. Según refiere el autor para el Libertador Simón Bolívar el principio de la libertad popular nace en Roma y supone la intervención inmediata en el ejercicio del poder.

⁹ Vid. DUGUIT, León, *Manual de Derecho Constitucional*, pp. 122 y 123 cuando analiza las consecuencias de considerar la representación política como una “situación objetiva jurídica

la negación de una relación de derechos subjetivos entre los representantes y los representados, la trascendencia de la elección y el derecho al sufragio, la tripartición de poderes y el control horizontal entre los poderes.

En el Derecho romano, solo se conoció posteriormente, en la época clásica, con el desarrollo de las relaciones sociales, pero limitado al ámbito privado. A medida que se desarrollan las relaciones, la necesidad de poder hacerse representar por terceros en los actos jurídicos viene a ser más indispensable. Solo mucho más tarde, en la época clásica, es cuando el Derecho romano se eleva hasta la concepción de esas formas que satisfacen a esta necesidad. La razón de ello es que desde los tiempos más antiguos, ese derecho poseía dos formas propias para realizar el objeto de la representación jurídica, formas que pasan al derecho nuevo.

La primera consistía en el empleo de personas sometidas al poder de otro, y estaba basada en el principio de que todo lo que esas personas adquieren recae en el sustentador del poder. Esta forma tenía, sin embargo, el defecto de no poder hacerse extensiva a la representación en justicia.

Pero una segunda forma-que tuvo otros destinos- vino a llenar ese vacío. Un mandatario concluía el negocio a su propio nombre y después transfería al demandante los efectos de su acto. Cuando en la época antigua se quería hacer representar en justicia, no había otro recurso que transferir fiduciariamente al mandatario la relación o el objeto litigio. En tal sentido, SAVIGNY¹⁰ alude a dos momentos en los que la representación alcanzó distintas dimensiones. Además, admite como IHERING,

de hecho" Citado por GUZMÁN HERNÁNDEZ, T. Yan, "Representación en política, instituciones de democracia directa y revocatoria de mandato en Venezuela – *Una manera de interpretar el modelo normativo-constitucional venezolano de participación política*", Tesis en opción al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, La Habana, 2008, p. 35-38.

¹⁰ SAVIGNY, M. F. C., *Sistema de Derecho romano actual*, F. Góngora y Compañía, Madrid, 1879, pp.207-210.

que el aumento de las transacciones sociales trajo consigo la ampliación de la órbita de la representación en el Derecho romano.

Efectivamente, la representación permite la intervención de los actos libres en las relaciones de derecho concernientes a los impúberes, los enajenados y los pródigos, lo cual sería imposible sin ello. Así, la representación no halla más que dos aplicaciones insignificantes en el derecho de familia y respecto al derecho de sucesión, que no tiene por objeto regular las dos posiciones de los bienes entre vivos, sino su transmisión de una generación a otra.

En materia de obligaciones, la representación se aplica a las transacciones mismas, es decir, a las relaciones de persona a persona, pero no a la reparación necesaria que lleva consigo la violación del derecho. En los tiempos muy antiguos encontramos el principio riguroso de que ninguno podía ser representado más que por las personas que están bajo su dependencia, y solo para adquirir, nunca para disminuir sus bienes.

Mas un principio tan estrecho y riguroso no podía mantenerse cuando la civilización había aumentado las transacciones sociales, y fue admitiéndose poco a poco la mediación, si bien limitada a ciertos casos. Comenzó la reforma respecto a las adquisiciones de la posesión y a los medios de adquirir la propiedad fundada en aquella, tales como la tradición y la ocupación. Después se admitió la representación para las enajenaciones resultantes de la tradición y para las adquisiciones del mismo género, permitiéndose en todos los casos hacerse representar ya por los hijos ó los esclavos, ya por personas libres. De este modo, en lo referente a las traslaciones de la propiedad, no se excluyó la representación libre sino para las antiguas formas del derecho civil primitivo, la mancipación y la *iure cessio*.

El poder para los romanos era indivisible no sólo en el Derecho Público, sino también en el Derecho Privado. Con relación a este último, por ejemplo, la *manus* (autoridad del esposo sobre

la esposa) y la *patria potestas* (poder del *pater* familias sobre los hijos y demás descendientes legítimos *alieni iuris*), no admitían más que una voluntad determinante, la del sujeto que detentaba esos poderes. Ese concepto de indivisibilidad en el Derecho Privado tiene su consecuente reflejo en el Derecho Público.

La ley pública debe ser entendida como resultado de la voluntad mayoritaria del pueblo en la creación del Derecho Republicano. Sentencia FERNÁNDEZ ESTRADA¹¹ que el ciudadano romano no era oprimido ni por el orden político en que vivían, ni por el Derecho que regulaba su vida, porque ese orden político era justamente el que él se había dado soberanamente, y el Derecho era absolutamente creado por el ciudadano. A ello se refería Juan Jacobo ROUSSEAU, en Contrato Social. II, 12, como “costumbres”, “hábitos” u “opinión”, al referirse a una categoría de leyes “...que no se graba ni sobre mármol ni sobre bronce, sino en los corazones de los ciudadanos, que es la verdadera constitución del Estado; que toma todos los días nuevas fuerzas; que, en tanto otras leyes envejecen o se apagan, ésta las reanima o las suple [...] elemento desconocido para nuestros políticos, pero de la que depende el éxito de todas las demás [leyes políticas, civiles y criminales] y de la que se ocupa en secreto el Gran Legislador, mientras parece limitarse a reglamentos particulares, que no son sino la contra de la bóveda, en la cual las costumbres, más lentas en nacer, forman, al fin, la inquebrantable clave¹²”. La *libertas* consiste en la sumisión voluntaria a la ley votada en común, de donde se deriva que la *lex publica* es uno de los vínculos más fuertes, o el de mayor cohesión entre los ciudadanos romanos.

El papel que los tribunos tenían reservado en el sistema constitucional republicano, no era otro que el de proteger primero a los plebeyos y luego a todos los ciudadanos, de los abusos que

¹¹ FERNÁNDEZ ESTRADA, Julio Antonio, “El tribunado; sus expresiones posibles en la crisis del actual modelo *iuspublicístico*”, *ob.cit.*, p. 22

¹² Cfr. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Ed. Tecnos (Grupo Anaya SA), Madrid 200, p. 54.

podieran cometer los magistrados como mandatarios del pueblo. Conforme a la opinión de ROUSSEAU, esa institución servía en Roma para proteger al soberano, es decir al pueblo, de quienes ejercen el gobierno. Obviamente la garantía constitucional no podía estar a cargo de los funcionarios ordinarios, porque es precisamente de los abusos de esos funcionarios que hay que proteger al ciudadano común. Por tanto, si le fueran suprimidas al *populus* sus instituciones de participación como la aprobación y abrogación de la ley, la *intercessio*, la elección de los magistrados y la revocación les queda como último recurso del derecho de resistencia como manifestación del poder negativo directo y de la soberanía popular¹³.

En coincidencia con FERNÁNDEZ BULTÉ¹⁴ se asiente en que para los romanos particularmente, el poder soberano del *populus*, la *potestas*-que era indelegable e intransferible-, se ejercía directamente a través de los Comicios, tanto Curiados, como Tribales, y después de SERVIO TULIO, los Centuriados. Sin embargo, está claro que hay muchísimas acciones que no puede hacer todo el *populus* reunido en comicios, que requieren diligencia y acción personal, es decir, personas encargadas de determinadas misiones, que podríamos llamar, “*de gobierno*”. Para ello la *iuspublicística* echó mano al mandato el cual es un contrato consensual nacido en Roma, por el cual una persona llamada mandante, que dispone de total lucidez y capacidad, ordena a otra llamada mandatario, que haga a su nombre tal o cual

¹³ Durante la existencia de la *respublica* romana se produjeron una serie de secesiones, protagonizadas por el plebeyado en búsqueda de reformas y concesiones políticas, económicas y sociales. Al igual que el tribunado, el origen de la *secessio plebis* debe buscarse en la fuerza pujante de una clase y sector social que lucha por encontrar espacio para sus demandas e intereses en el aparato de poder político de la civitas, el cual como ya analizamos fue hasta cierto momento, instrumento de poder exclusivo del patriciado. Por lo tanto, junto a la actividad de los tribunos se erige entonces la secesión como mecanismo o instrumento a través del cual el plebeyado puede hacer influencia en la vida política de la ciudad. De esta serie de secesiones (cuya cantidad total no está definida) se señala como la más relevante, debido a su impacto y consecuencias, la ocurrida en 494 a.n.e., lo sucedido durante esa secesión fue totalmente sutil e innovador.

¹⁴ Cfr. FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Separata de Derecho Público Romano*, ob.cit, pp. 25-30.

gestión, cumpla tal o cual orden o mandato. Por supuesto, el mandante no enajena su personalidad ni su voluntad, sino que cede algo de su autoridad para que el mandatario haga determinadas diligencias a nombre suyo. Y por supuesto, el mandante vigila el cumplimiento del mandato, lo controla y se reserva el derecho de revocar el mandato en cualquier momento.

Pese a la miopía con que los historiadores liberales decimonónicos interpretaron al mundo romano, en la vieja república romana jamás se practicó la representación. Los romanos no lo hubieran admitido. No hubieran cedido jamás su *potestas*, ni hubieran enajenado su intervención en la *respublica*, la cosa de todos. Cuando designaban magistrados, los consideraban simples mandatarios, nunca representantes. Las pruebas de ello son abrumadoras. Nunca dejaron las manos sueltas a los magistrados; el Tribuno con su *jus vetus* y su *sacer* era una fuerza de contención, un poder negativo como ha subrayado CATALANO.

Además siempre se reservaron la *secesión o resistencia* como última alternativa de su poder, indelegable e indivisible. Los romanos eran lo suficientemente soberbios como para admitir que ellos no podían dirigir los asuntos o la cosa pública, todos en general y cada uno en particular.

Finiquitando, concluye al respecto FERNÁNDEZ ESTRADA¹⁵ que fue nuevamente J.J. ROUSSEAU quien penetró con mirada más profunda en el pensamiento del *populus* romano al respecto. El ginebrino afirma que en el funcionamiento de la república romana habría que distinguir siempre entre la *potestas*-poder soberano exclusivo del *populus*- y la misión del gobierno. Para ejecutar la voluntad ya legislada por el pueblo, a esos magistrados se les otorgaba la ya aludida cuota de *auctoritas*, es decir, una encomienda política específica.

De ello se desprende algo que ROUSSEAU explica con suspicacia y no siempre ha sido debidamente entendido: que el hombre romano era soberano y súbdito al mismo tiempo. Soberano por

¹⁵ FERNÁNDEZ ESTRADA, Julio Antonio, "El tribunado; sus expresiones posibles en la crisis del actual modelo *iuspublicístico*", *ob.cit.*, p. 29.

que mantenía siempre su poder como parte de la comunidad política. Y súbdito porque debía en cada momento someterse al gobierno, es decir, a las decisiones de las magistraturas. Como afirma ROUSSEAU, entre esos dos valores no había contradicción. Cuando el ciudadano obedecía a su gobierno, no enajenaba su condición de soberano, sino que la realizaba en un plano más alto y concreto. Al obedecer al gobierno estaba, de hecho, obedeciendo a aquellos que él mismo había elegido y obedeciéndolos en aquello que él mismo había dispuesto como soberano.

De ahí emana una conclusión no siempre calada en toda su hondura: la forma de gobierno carece de importancia. No importa que sea una monarquía o un gobierno colegiado; no importa incluso que sea elegido mediante el sorteo, puesto que el gobierno no puede hacer sino aquello que le está encomendado, y no otra cosa, incapaz de separarse de la voluntad popular.

El sistema romano se inspira en el deseo de evitar que las magistraturas se perpetuasen en manos de quien las desempeñaban. No solo está prohibida la acumulación de distintas magistraturas, sino también que un mismo ciudadano ejerciese igual cargo o funciones diferentes durante varios años consecutivos. Opina ARANGIO-RUIZ¹⁶ que para evitar la perpetuación en el poder se prohibió que un ciudadano fuera reelecto en una magistratura, se vedó que detentara magistraturas distintas sin dejar pasar un tiempo con la anterior. Tal reelección, primero fue reglamentada severamente y luego suprimida.

II. La recepción de los principios del Derecho Público romano en el diseño de la participación política del ciudadano en la República de Cuba. Retos para su perfeccionamiento

Este epígrafe tiene como objetivo argumentar cómo una adecuada construcción teórica de la recepción de los principios

¹⁶ ARANGIO-RUIZ, Vicente, *Historia del Derecho Romano*, 4ta edición, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, p. 120.

del iusrepublicanismo romano en Cuba, puede contribuir al perfeccionamiento jurídico de la participación política del ciudadano, como esencia del diseño político-jurídico nacional. Para ello, lógicamente, se analizaron las normas jurídicas que están vigentes en materia de participación.

Sin embargo, no se pueden ignorar las pautas que trazó el Sexto Congreso del PCC y las políticas de actualización del modelo socialista cubano aprobadas por este, si se tiene en cuenta que uno de los retos fundamentales a enfrentar en los próximos años será el desarrollo de normas complementarias al texto constitucional. En dicho proceso deberán considerarse los principios del iusrepublicanismo romano, provenientes de lo más avanzado y universal de la teoría democrática, cuyos orígenes se remontan al Derecho Público Republicano Romano.

Es por ello que no resulta disonante fundamentar, desde los orígenes y los principios romanistas que ha recepcionado el actual diseño de la participación política del ciudadano, las principales líneas que deben guiar el perfeccionamiento democrático del diseño político-jurídico nacional.

Como consecuencia de lo anterior, se imponen varias interrogantes: ¿cuáles son las principales líneas políticas que deben guiar el perfeccionamiento democrático del diseño político-jurídico nacional, de acuerdo a la actualización del proyecto socialista?, ¿cómo se aprecia la presencia o no de los principios del iusrepublicanismo romano en las líneas políticas definidas a partir del Sexto Congreso, de cara a la nueva Constitución cubana de 2019 y otras disposiciones normativas referentes al derecho de participación?, ¿Qué deficiencias están presentes en la concepción ordenadora de la participación política del ciudadano, que resultan incongruentes con las bases republicanas y democráticas sobre las cuales se asienta, en el diseño político-jurídico nacional?

Esta última interrogante es vital para que no fracase el proceso de cambios. No basta sólo tener en cuenta los fundamentos romanistas presentes en las líneas que han de guiar el

perfeccionamiento, sino que también la fundamentación, desde una visión iusrepublicana, ha de proponer modificaciones en la concepción ordenadora de la participación política, para contribuir al perfeccionamiento de la democracia en la República de Cuba.

Estas interrogantes y presupuestos guiarán la fundamentación de las principales líneas que deben conducir al perfeccionamiento democrático del diseño político-jurídico nacional, y que a continuación se analizarán:

a) Fortalecimiento de la institucionalidad democrática y responsabilidad de los mandatarios en el ejercicio del poder a través del control popular de su gestión.

Entre las principales líneas políticas que trazó el Informe Central al VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, en el marco del perfeccionamiento, está el fortalecimiento de la institucionalidad. Dándose continuidad a lo anterior, la introducción a los objetivos de trabajo aprobados por la Primera Conferencia Nacional del PCC, aprobó como uno de sus objetivos la necesidad de incentivar la participación real y efectiva de la población en la toma de decisiones, así como fortalecer el control popular sobre los órganos competentes .

Evidentemente, esta proyección está afianzada sobre fundamentos republicanos romanistas, que colocan a la soberanía popular y la participación ciudadana como centro del proceso. Siguiendo a CATALANO , el principio de la soberanía popular en una República democrática como fue la romana implicaba la intervención inmediata de los ciudadanos en el ejercicio del poder popular soberano a través de la institucionalidad democrática. La misma se concretaba en instituciones fundamentales: discusión pública y consulta para la aprobación-abrogación de las leyes y elección-rendición de cuentas-revocación de los mandatarios.

Desde una posición eminentemente crítica en pos del perfeccionamiento de la democracia en Cuba, y sin que constituya una discordancia con la tesis que se defiende de que

ciertamente en Cuba existe una República democrática fundada en principios romanistas, cabría preguntarse detenidamente: ¿todas las instituciones de participación, en el diseño político-jurídico cubano actual, pueden ser consideradas instituciones de participación inmediata de cara a la tesis del republicanismo democrático romano?, ¿qué no es republicano al estilo romano en nuestro diseño participativo y dónde debemos perfeccionar nuestras instituciones para ser coherentes con los principios del republicanismo democrático que nos legó nuestra historia constitucional?

De conformidad con los requisitos expuestos y sobre la base de la clasificación de los mecanismos de participación y de la tipología de los institutos participativos en Roma, podemos concluir que para hablar de una institucionalidad democrática de base romanista hay que tener en cuenta que:

Primero: El procedimiento de realización de las instituciones debe provenir “desde abajo” o sea cuando es la propia ciudadanía quien promueve el proceso participativo, o cuando activándola un magistrado o mandatario la decisión del pueblo de aceptarla o no es vinculante (dígase ad referendum), *verbigratia*: discusión pública y consulta para la aprobación-abrogación de las leyes y nominación-elección-rendición de cuentas-revocación de los mandatarios. Segundo: Aquellas cuya aceptación no está mediada por valoraciones de los órganos estatales o existe una mínima valoración, *verbigratia*: discusión pública y consulta para la aprobación-abrogación de las leyes y nominación-elección-rendición de cuentas-revocación de los mandatarios. Tercero: Aquellas que se pueden activar tanto a nivel central de la ciudad de Roma como al interior de cada municipio.

Procédase, pues, a un estudio detallado de las instituciones de participación y véase cuáles con un origen popular exhiben efectos inmediatos y vinculantes en la concepción ordenadora de la participación política del ciudadano en Cuba.

La Constitución cubana de 2019, regula la participación política en el entendido de que todos los ciudadanos, con capacidad

legal para ello, tienen derecho a intervenir en la dirección del Estado, bien directamente o por intermedio de sus representantes elegidos para integrar los órganos del Poder Popular. Entre ellas, se defiende la participación en elecciones periódicas y nominación de candidatos y en referendos populares, las consultas, la rendición de cuentas, la revocación y la iniciativa legislativa popular.

Resulta válido recordar que en Roma la nominación de los candidatos podía provenir de los ciudadanos y de otro ente del aparato estatal, dígase un magistrado o mandatario. Lo que sí era facultad exclusiva del *populus* era la elección y revocación de todos los cargos de elección popular. Esto era factible no sólo en la ciudad de Roma, sino a nivel de los municipios, en los cuales podían ser nominados y elegidos como mandatarios de la curia municipal magistrados con imperio en el nivel central de la ciudad romana. Los magistrados podían ser revocados a iniciativa de los ciudadanos, e incluso en estos espacios municipales se podían someter a consulta proyectos de leyes para la *civitas romana*. En este último aspecto, nos alejamos del modelo romano-latino en sede de participación popular.

Es que aquí también el ordenamiento desaprovecha las consecuencias del voto directo y se aleja de la inmediatez que debe caracterizar a la participación republicana. Los delegados a las Asambleas Provinciales y los diputados a la Asamblea Nacional del Poder Popular, son electos directamente por la ciudadanía y rinden cuenta ante ella. Pero serán revocados por las asambleas que los nominaron, no por los electores, lo que resulta consistente con un punto antes argumentado: son agentes de los órganos estatales superiores.

La revocación de los cargos en Cuba procede de este modo: a) para presidentes y/o vicepresidentes de las Asamblea Municipal: el Presidente de la Asamblea Provincial(en lo adelante APPP) o un delegado a la propia Asamblea Municipal, b) para presidentes y/o vicepresidentes de la APPP o del Municipio Especial Isla de la Juventud: el Consejo de Estado o un delegado

a la propia Asamblea, c) para el presidente, del vicepresidente o el Secretario de la ANPP: el Consejo de Estado o un diputado, y d) para un miembro del Consejo de Estado: el Consejo de Estado o un diputado.

De lo anteriormente expuesto se colige que la propia ciudadanía debe estar facultada para promover procesos de revocación contra todos los cargos de elección popular en las diferentes estructuras del nivel estatal. El desiderátum de la democracia clama para que la revocación debe quedar abierta con un carácter inmediato, sin excepción, a todos los cargos públicos electos, pudiendo ser propuesta por un por ciento de ciudadanos, siendo consecuentes con las bases republicanas del diseño y eliminar lo que parece un defecto de la regulación. Se trataría de ser coherente con la regulación legal del propio diseño.

Las asambleas de rendición de cuentas, también deberían constituir espacios para pronunciar demandas de impacto nacional y para participar de la formulación de líneas programáticas sobre el Gobierno de la nación. Así sean, por ejemplo, las decisiones sobre los programas de gobierno local, provincial y nacional, los cuales no resultan definidos a través del proceso electoral.

Las asambleas de rendición de cuentas deben funcionar como una potencial asamblea de ciudadanos al estilo de los comicios romanos, en los cuales se nominaban, elegían y revocaban a los mandatarios y se aprobaban las normas del ámbito municipal. Si se circunscribe la rendición de cuentas como un mero «dar a conocer» la gestión política de los representantes sin más efectos que los que se puedan derivar de esto-, sería reñido inscribirla en el marco del tipo de instituciones que se están analizando. Pero si se concibe en su naturaleza dinámica, a partir de la definición anterior, podría defenderse su calidad de institución republicana inmediata.

Si se analiza el referendo vemos que de acuerdo al Diccionario de Derecho Romano el término proviene de la expresión latina *ad referéndum*, que hace alusión a la práctica de referir determinadas cuestiones gubernamentales al pueblo. El vocablo

referéndum procede del verbo refero (fero-“llevar”; re-“de nuevo”) que significa volver a llevar, en este caso al pueblo, la soberanía que legítimamente posee. Los ciudadanos son los soberanos y su voluntad política se patentiza por medio de mandatarios políticos, pero determinados temas han de someterse directamente al pronunciamiento popular, a referéndum: deben volver al único depositario de la soberanía.

Tal cual se ha podido apreciar, en el Derecho Romano todas las decisiones políticas se sometían a consultas populares. Y el *populus romano*, reunido en comicios, decidía ad referéndum las normas que se sometieran a su consideración por parte de los magistrados, para quienes sería vinculante lo que decidiera el *populus*. Aunque hasta el momento estas no están previstas en normas jurídicas, las consultas populares han sido utilizadas con frecuencia como paso previo a la promulgación de diversas leyes o a la adopción de determinadas decisiones de carácter nacional. El reconocimiento jurídico de estos mecanismos participativos implicaría otorgar legitimidad y fundamento legal a formas democráticas de participación que de hecho se practican y que cuentan con un fuerte respaldo político, pero un escaso respaldo legal, y que son obviamente de inspiración romanista.

Por tanto, se debe definir, en futuras leyes de desarrollo, el carácter vinculante o no de la consulta. Si bien la consulta popular es promovida desde el propio aparato de poder-tal como ocurría en el Derecho Público Republicano Romano-, lo que la diferencia de aquel es que no queda claro el carácter vinculante de la consulta, desaprovechándose así una importante vía de intervención inmediata de la ciudadanía en el proceso de formación de la ley. Incluso, emitiendo sus opiniones desde el nivel municipal de ejercicio del poder. Debe aprovecharse la posibilidad que franquea el artículo 200 del actual texto constitucional para el nivel municipal del ejercicio del poder, espacio per se para el carácter vinculante e inmediato en la toma de decisiones.

Además, si los referendos solo pueden ser convocados por la ANPP, estos abarcarán materias de índole nacional, lo cual

no potencia su posibilidad de constituirse en mecanismos de democracia inmediata en los ámbitos de provincias, municipios, consejos populares y circunscripciones, para la toma ciudadana de decisiones a tal escala. Es este entonces otro punto de inflexión en el cual nos alejamos del modelo iusromanista.

b) Carácter renovable de los cargos de elección popular.

Otra de las principales líneas políticas que trazó el Informe Central al VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, en el marco del perfeccionamiento, es la renovabilidad de los cargos de elección popular. Es este el único principio del iusrepublicanismo romano que hasta la actualidad no se había reconocido en el diseño cubano, pero que ya goza de consagración en el magno texto de 2019.

Recuérdese que en el modelo iuspublicístico romano, el carácter renovable de los cargos de elección popular se erigía en un principio democrático de la Respublica. Hace que todos los ciudadanos puedan participar en la gestión de los asuntos públicos, pero admitir que una magistratura fuese ocupada sin límite de tiempo, conculcaba las bases republicanas y además suponía atribuir a uno de los ciudadanos una situación de privilegio.

Para precaverse contra posibles abusos de autoridad de los magistrados, la Respublica estableció un término fijo: un año, para el desempeño del cargo, con excepción de la dictadura que duraba un máximo de seis meses. Y la censura, que elegida cada cinco años, duraba un máximo de dieciocho meses (TITO LIVIO 2,1,1). Siguiendo a TITO LIVIO se descubre en (7, 42,2) que el requisito de la anualidad en las magistraturas permanentes, y el principio democrático que tendió a que una misma persona no ejercitase continuamente una magistratura, llegó a plasmarse en la prohibición de la *iteratio*, sancionada por primera vez en el 342 a.n.e. Prohibiéndose así que la misma magistratura pudiese ser recubierta por la misma persona antes de diez años. Ya anteriormente se había prohibido la *iteratio* para la censura, pudiendo ser censor sólo una vez. Del principio de renovabilidad se derivaba la prohibición de acumular cargos

de magistrados, en el sentido de que quien desempeñaba una magistratura, no podía desempeñar otra al mismo tiempo .

c) Descentralización en el nivel municipal del ejercicio del poder.

Ya se ha dicho y se ha analizado, que no se concibe una república de base romanista sin municipios . Ha de remembrarse que el municipio supuso la presencia de criterios más flexibles en cuanto al equilibrio entre centralización y descentralización. La relación entre la ciudad de Roma y la vida social y cultural que al interior del municipio se desarrollaba, contribuyó a que sus habitantes pudieran tener el control de los asuntos locales. Esto denota cierta autonomía, pero sin dejar de mantener una conexión política con la urbe romana y su política centralizadora. Recuérdese que en lo que se refiere a sus funciones, los múnicipes eligen y revocan a los magistrados anuales. Además, aprueban los decretos honoríficos del Senado, aprueban y abrogan las leyes, no sólo a nivel municipal sino que, como se vio anteriormente, intervenían en procesos decisivos a nivel de la ciudad de Roma .

Para PÉREZ y PRIETO¹⁷ , la descentralización supone la distribución de los asuntos públicos en dos niveles: el central (estatal) y el local (municipal) para lo cual resulta imprescindible armonizar el proceso descentralizador con la unidad de los

¹⁷ La comprensión plena de estos conceptos nos permitirá avanzar con solidez y sin retrocesos en la paulatina descentralización de facultades, desde el Gobierno Central hacia las administraciones locales(...)” “El reforzamiento sistemático de nuestra institucionalidad, será a la vez condición y garantía imprescindible para que esta política de renovación de los cuadros jamás ponga en riesgo la continuidad del socialismo en Cuba”, vid en, Informe Central al VI Congreso del PCC. Fuente: Partido Comunista de Cuba. Sitio oficial. [en línea] Disponible en http://www.pcc.cu/congresos_asamblea/cong6.php/mayo de 2014, pp. 14 y 30. Por su parte la Resolución sobre el perfeccionamiento de los órganos del Poder Popular el Sistema Electoral y la División Política Administrativa establece que la integralidad de un proceso de esta naturaleza, demanda variar procedimientos, términos legales y realizar otras adecuaciones en nuestro Sistema Electoral, sobre la base de los principios esenciales que lo sustentan y demuestran su carácter democrático y participativo, disponible en <http://www.cubadebate.cu/especiales/2011/04/18/resolucion-sobre-el-perfeccionamiento-de-los-organos-del-poder-popular-el-sistema-electoral-y-la-division-politico-administrativa/>.

fines estatales y su fundamento, el centralismo democrático. Es decir, ha de tenerse en cuenta que para el logro de esa armonía, las relaciones funcionales entre los órganos superiores y locales deben desarrollarse teniendo como principios que los inferiores estén bajo el control de los superiores. Y además, que estos últimos garanticen la unidad estatal a través de disposiciones de carácter general y obligatorio que, lejos de limitar, estimulen la iniciativa y responsabilidad de los órganos locales en un actuar más autónomo¹⁸.

VALDÉZ PAZ¹⁹ señala que esta cultura se relaciona con el interés de los sujetos y actores políticos de participar en las cuestiones públicas y colectivas, de manera más o menos comprometida, todo lo cual supone una cierta concientización, la identificación con ciertos valores colectivistas, y entender la participación como un valor de la Revolución y de la República. Pero esta concientización no ha de ser vista solamente como fundada en premisas puramente ideológicas en ciertos ideales. Presupone además, en los sujetos y actores, una praxis democrática participativa que la instaure y reproduzca.

Con similar tino defiende LEZCANO PÉREZ²⁰ que nuestro país es indivisible, los gobiernos no son independientes, pero deben tener autonomía y usarla con inteligencia y con mucha disciplina, hay que lograr mantener la armonía entre la nación y la localidad.

Continúan asestando PÉREZ y PRIETO que debe ampliarse la capacidad decisoria de los municipios, no solo local cuando los asuntos sean de su competencia, sino influir también en

¹⁸ Cfr. PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette y PRIETO VALDÉS, Martha, "La descentralización de las decisiones a favor de los municipios. Un reto y una necesidad de los pueblos", en *Temas de Derecho Constitucional Cubano*, pp. 196.

¹⁹ Vid. VALDÉZ PAZ, Juan, "Notas sobre la participación política en Cuba", en PÉREZ GARCÍA, Arnaldo J. (compilador), *Participación social en Cuba*, Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas (CIPS), Ciudad de La Habana, 2004 p. 62.

²⁰ Cfr. LEZCANO PÉREZ, Jorge, en *ASAMBLEA PROVINCIAL DEL PODER POPULAR. Relatoría del Taller sobre las transformaciones ocurridas en el municipio después de la institucionalización*, Matanzas, 2009, p. 6.

las decisiones más generales, de carácter provincial o nacional. Para ello es imprescindible lograr una conformidad suficiente entre la centralización y la descentralización de las decisiones, tal cual se lograba en el modelo romano de República.

La descentralización significa una activa participación de los entes locales en las decisiones de los superiores, eleva el papel del pueblo como centro de poder y consolida el consenso activo, expresión de legitimidad de los gobernantes, de los mecanismos y del sistema en general.

Por lo tanto, se deberá perfeccionar la participación ciudadana-consecuencia del carácter popular de la soberanía-ampliando y fortaleciendo vías que propicien el ejercicio del poder popular efectivo. Se impone regular: cómo, dónde, por qué y para qué participar, estimulándose las iniciativas locales de participación.

Al desarrollar y perfeccionar el Poder Popular, el país está en condiciones de ofrecer al mundo una alternativa democrática más directa.

Al criterio de las autora²¹, se añade que, “con el perfeccionamiento del diseño político-jurídico cubano de la participación ciudadana en el siglo XXI, se estaría reconociendo el valor de la Constitución cubana, la cual consagró, por primera vez en el ámbito latinoamericano, una República democrática de evidentes fundamentos romanistas ”.

III. Conclusiones

1. En el diseño político-jurídico cubano actual de la participación, sobre bases romanistas y martianas, está establecida la institucionalidad democrática, mediante la cual el pueblo ejerce la democracia inmediata que incluye necesariamente, cuando

²¹ GONZÁLEZ QUEVEDO, Joanna, “El republicanism democrático romano. Su impronta para el diseño estructural del modelo clásico de Derecho Público Romano”, en Revista de Derechos Humanos y estudios sociales (REDHES), año IV, No.7, enero-junio de 2012, Universidad Autónoma de San Luis de Potosí, México y Universidad de Sevilla, España, p. 66.

menos, el referéndum de reforma constitucional y de aprobación de la ley; la elección y revocación de la autoridad del ciudadano que ejerce el poder público y el derecho de resistencia contra los actos lesivos a su soberanía.

2. El mayor aporte del iusrepublicanismo romano al diseño político-jurídico cubano, en materia de institucionalidad democrática, se encuentra en el proceso de nominación-elección-rendición de cuentas y revocación, en el nivel municipal del ejercicio del poder.

3. Dentro de los propios límites del diseño constitucional cubano de la participación política del ciudadano en el ejercicio del poder, constituye una necesidad la modificación en la concepción de algunos de sus preceptos, en futuras leyes de desarrollo, para ser consecuentes con un modelo, que desde sus raíces, ha recepcionado fundamentos romanistas, y así contribuir al perfeccionamiento de la democracia en la actual República de Cuba.

Bibliografía

- Arangio-Ruiz, Vicente (1980) *Historia del Derecho Romano*. Editorial Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, p. 120.
- Catalano, Pierángelo; Fernández Bulte, Julio y Fernández Estrada, Julio Antonio (2000) *Constitución y constitucionalismo hoy*. Editorial Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas
- Catalano, Pierángelo (2006) “Choque de sistemas jurídicos en la perspectiva latinoamericanista”, en *Memorias del XV Congreso latinoamericano de Derecho Romano*. Morelia.
- Cicerón (1902) *De República*. Editorial
- Constitución de la República de Cuba (2019). Ed. Gaceta Oficial Extraordinaria. La Habana
- Fernández de Buján, Antonio (2011) *Derecho Público Romano*. Editorial Civitas. Buenos Aires
- García del Corral, Idelfonso (1889) *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Ediciones Antiguas y Modernas. Barcelona

- González Quevedo, Joanna (2012) “El republicanismo democrático romano. Su impronta para el diseño estructural del modelo clásico de Derecho Público Romano”, en *Revista de Derechos Humanos y estudios sociales (REDHES)*. N° 7. Universidad Autónoma de San Luis de Potosí, México y Universidad de Sevilla.
- (2013) “Principales aportes del modelo clásico de Derecho Público Republicano Romano para la unidad de principios del republicanismo democrático”, en *Revista española de Republicanismo “Sin Permiso”*. En línea en: www.sinpermiso.info/articulos/ficheros/11romano.pdf
- Informe Central al VI Congreso del PCC (2014). En línea en: http://www.pcc.cu/congresos_asamblea/cong6.php/mayode2014.com
- Lezcano Pérez, Jorge (2009) *ASAMBLEA PROVINCIAL DEL PODER POPULAR. Relatoría del Taller sobre las transformaciones ocurridas en el municipio después de la institucionalización*. Editorial Matanzas. Matanzas
- Lobrano, Giovanni (1996) “Republica e municipi”, en *Costituzionalismo Latino II, Consiglio Nazionale delle Ricerche Progetto Italia*. Verona
- Pérez Hernández, Lissette y Prieto Valdés, Martha (2000) “La descentralización de las decisiones a favor de los municipios. Un reto y una necesidad de los pueblos”, en *Temas de Derecho Constitucional Cubano*. Editorial Félix Varela. La Habana.
- Rinaldi, Norberto Darío (2002) “La resurrección del Derecho Público Romano” en, *Memorias del XIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*. Editorial Universidad de San Nicolás de Hidalgo. Morelia.
- (2007) *Lecciones ampliadas de derecho romano*. Editorial Edictum. Buenos Aires
- Rousseau, Jean-Jacques (2000) *El contrato social*. Editorial Técnos. Madrid
- Rubio Correa, Marcial (1996) “La participación del pueblo en la elaboración constitucional dentro de los países latinoamericanos de Sudamérica”, en *Costituzionalismo Latino II, Consiglio Nazionale delle Ricerche Progetto Italia*. Verona.
- Savigny, Friedrich Carl Von (1879) *Sistema de Derecho romano actual*. Editorial F. Góngora y Compañía. Madrid

Torrent, Armando (2002) *Derecho Público Romano y sistema de fuentes*. Editorial Edisofer S.L, Zaragoza.

Valdéz Paz, Juan (2004) “Notas sobre la participación política en Cuba”, en *Participación social en Cuba, Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas (CIPS)*. La Habana.

Tierra abandonada. Entre la propiedad privada y la banalidad en el reclamo de los derechos universales vinculados al hábitat

Waste land. Between private property and the banality of the accessibility rights, the habitat and the city

Terra abandonada. Entre a propriedade privada e a banalidade na reivindicação dos direitos universais relacionados ao habitat

Terres abandonnées. Entre propriété privée et banalité des droits d'accessibilité de l'habitat et de la ville

被遗弃的土地。在私有财产和栖息地和城市可及性之间的平庸之间

Lorena Muñoz¹ y Franco Carballo Marina²
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 359-394

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e427>

Recibido: 16/07/2020

Aprobado: 19/08/2020

¹ Abogada-Escribana (UNLP). Profesora Adjunta Ordinaria en la materia Derecho Notarial y Registral. (Fac. Cs. Jcas. y Soc- UNLP). Subdirectora Especialización en Documentación y Registración Inmobiliaria (Fac. Cs. Jcas. y Soc- UNLP). Docente Investigador Categoría V. Correo electrónico: lore_2011@hotmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2142-4710>).

² Abogado-Escribano (UNLP). Miembro promotor de la Asociación de Derecho Urbano Argentino (ADUA). Director de Recursos Inmobiliarios Fiscales de la Provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: carballo.franco@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1593-1580>).

Resumen: El trabajo propone un abordaje de las construcciones sociales y pensamientos sobre la distribución del territorio, advirtiendo que suelen trasladarse a conflictos académicos, ideológicos y políticos, que muchas veces parten de falsas dicotomías entre el concepto de derecho a la propiedad privada versus el derecho al hábitat. Concluyen sus autores que el Estado no puede mantenerse ajeno a esta realidad, debe revalorizar su rol de regulador de los derechos de propiedad. Y tal regulación se manifiesta, poniendo en práctica políticas públicas que incluyan los diferentes dispositivos e instrumentos existentes para combatir el suelo ocioso.

Palabras clave: Propiedad privada, Habitat, uso del suelo, vacancia.

Abstract: This paper proposes an approach to social constructions and thoughts about the distribution of the territory, noting that they tend to be transferred to academic, ideological and political conflicts, which often start from false dichotomies between the concept of the right to private property vs the right to the habitat. Its authors conclude that the State cannot remain oblivious to this reality, it must revalue its role as regulator of property rights. And such regulation is manifested, putting into practice public policies that include the different existing devices and instruments to combat "idle ground".

Keywords: Private property, Habitat, land use, vacancy.

Resumo: O trabalho propõe uma abordagem das construções sociais e reflexões sobre a distribuição do território, observando que tendem a se transferir para conflitos acadêmicos, ideológicos e políticos, que muitas vezes decorrem de falsas dicotomias entre o conceito de direito à propriedade privada versus o direito ao habitat. Seus autores concluem que o Estado não pode ficar alheio a esta realidade, deve reavaliar seu papel de regulador dos direitos de propriedade. E tal regulação se manifesta, colocando em prática políticas públicas que contemplam os diversos dispositivos e instrumentos existentes de combate à ociosidade.

Palavras-chave: Propriedade privada, Habitat, uso da terra, vacância

Résumé: Cet article propose une approche des constructions sociales et des réflexions sur la répartition du territoire, en notant qu'elles tendent à conduire à des conflits académiques, idéologiques et politiques, qui découlent souvent de fausses dichotomies entre le concept de droit à

la propriété privée versus le droit à l'habitat. Ses auteurs concluent que l'État ne peut rester inconscient de cette réalité, il doit revaloriser son rôle de régulateur des droits de propriété. Et une telle régulation se manifeste, mettant en pratique des politiques publiques qui intègrent les différents dispositifs et instruments existants pour lutter contre le "terre loisir"

Mot-clés: propriété privée, habitat, utilisation du sol, vacance.

摘要: 这项工作提出了一种关于社会建设和关于领土分布的思想的方法, 并指出它们倾向于转移到学术, 意识形态和政治冲突中, 这些冲突通常源于私有财产权概念与居住权之间的错误二分法. 其作者得出的结论是, 国家不能忘记这一现实, 它必须重估其作为产权调节者的作用. 这样的规定得到了体现, 将包括各种现存的打击闲置土地的手段和手段在内的公共政策付诸实践

关键字: 私有财产, 人居, 土地利用, 空缺

I. Introducción: La obviedad de lo obsceno

La mirada del suelo vacante requiere del compromiso y de un razonamiento estructural, por parte de todas nuestras instituciones públicas y privadas. Como sociedad es necesario poder visibilizar el daño que causa, la no planificación del territorio, en particular el desaprovechamiento del suelo que se encuentra ocioso. Las construcciones sociales y pensamientos sobre la distribución del territorio, suelen trasladarse a conflictos académicos, ideológicos y políticos, que muchas veces parten de falsas dicotomías entre el concepto de derecho a la propiedad privada versus el derecho al hábitat. Estas discusiones coyunturales, que seguramente tengan "ribetes" mediáticos, suelen quedar en punto muerto, o solo visibilizan la coyuntura urgente de algún caso aislado, que con el tiempo cae en el olvido o es objeto de asistencia curativa de alternativas tardías del Estado (por ejemplo, por vía de la expropiación), mientras tanto, la desigualdad social en el territorio avanza de una manera flagrante.

El plexo normativo actual en Argentina, legisla explícitamente el derecho real de dominio, imponiéndole sus límites y

obligaciones. La función de regulación a la propiedad privada está contemplada en especial cuando compromete el bien común, sirve de ejemplo, el no aprovechamiento del suelo por parte de un propietario, pues se pone en juego el acceso al hábitat digno de muchas familias. Precisamente, la regulación de la tierra sin uso o vacante, requiere con urgencia, que nuestras instituciones, tanto públicas como privadas, pongan en agenda esta problemática estructural, abstrayéndose, ante todo, del concepto hegemónico de prevalencia de los derechos reales, por sobre cualquier otro instituto jurídico. Debemos ajustarnos a los preceptos jerárquicos de la normativa de fondo, que determina con claridad meridiana, el bienestar de la comunidad por sobre la propiedad privada (Constitución Argentina, art. 1970 del Código Civil y Comercial de la Nación). Lamentablemente, los diagnósticos sociales sobre el acceso al suelo formal en Latinoamérica, coinciden en destacar que la tierra abandonada es una de las causales de esta problemática, que indirectamente contribuye al déficit habitacional y obstaculiza el derecho humano a la ciudad.³

Las razones estructurales, se fundan en buena medida, en visibilizar al suelo vacante como un obturador que impide, directa e indirectamente, garantizar la construcción de territorios y ciudades más accesibles para la comunidad. Es dato no es menor, tomando en cuenta que el 93% de la población argentina es urbana.

Posiblemente, sea necesario establecer una tarea comunicacional por parte de los gobiernos, las universidades, las

³ Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad (ONU) Recoge las conclusiones del Foro Social de las Américas, Quito, Julio 2004; Foro Mundial Urbano, Barcelona, Octubre 2004; Foro Social Mundial, Porto Alegre, Enero 2005; Revisión previa a Barcelona, Septiembre 2005. Entre otras manifestaciones se asevera que *“Las ciudades están lejos de ofrecer condiciones y oportunidades equitativas a sus habitantes. La población urbana, en su mayoría, está privada o limitada -en virtud de sus características económicas, sociales, culturales, étnicas, de género y edad- para satisfacer sus más elementales necesidades y derechos. Contribuyen a ello las políticas públicas, que al desconocer los aportes de los procesos de poblamiento popular a la construcción de ciudad y de ciudadanía, violentan la vida urbana. Graves consecuencias de esto son los desalojos masivos, la segregación y el consecuente deterioro de la convivencia social”*

organizaciones intermedias, etc., referida a demostrar a la sociedad, la existencia de esta relación causal, entre suelo vacante y el daño o perjuicio estructural para el crecimiento equitativo de nuestra comunidad. La evidencia empírica da cuenta de otro escenario, el imaginario social, no repudia enfáticamente la existencia de inmuebles abandonados, al contrario, legitiman esos actos como lógicas ordinarias o estrategias frecuentes del mercado (especulación), aun tomando conciencia que el suelo, en especial el urbano, es un recurso finito. Paradójicamente, sin embargo, cuando otros bienes elementales para la subsistencia humana, son desperdiciados, y damos como ejemplo, cuando en ocasiones y por falta de arreglo de precios, el sector tambero arroja la leche al campo, irrumpe de inmediato en el colectivo social un repudio generalizado, fundado en la necesidad de alimentación de buena parte de nuestros niños. Sin embargo, nuestra sociedad, que tiene más de un 50% de sus habitantes padeciendo déficit en el hábitat (generado en buena medida por falta de suelo formal), no repudia, ni condena, ver predios abandonados por mucho tiempo, o cementerios industriales, o edificios vacíos de habitantes, o terrenos baldíos en lugares aptos para habitar. Posiblemente, la mirada hegemónica sobre los derechos reales tenga mucho que ver nuestro imaginario colectivo. La regulación a la tierra vacante, no ha constituido un punto sustantivo en las agendas de nuestras instituciones jurídico académicas que abordan el derecho como objeto de estudio. Se ha mantenido este status quo, de no exponer las tensiones existentes en el territorio, como síntoma deficitario que surge inexorablemente ante la desigualdad flagrante, aun advirtiendo que los indicadores demográficos, son una alarma que demanda el planteo de nuevos paradigmas.

Solo basta mirar las profundas vulneraciones a los derechos humanos que padecen buena parte de los habitantes de nuestras ciudades: falta de acceso a los servicios básicos, hacinamiento en villas o asentamientos, multitudes de familias viviendo en zonas de riesgo ambiental, ausencia de espacios verdes, etc. en definitiva deshumanización de nuestros conciudadanos, para

preguntarnos ¿por qué, todo ello contrasta con territorios que tienen innumerable cantidad de inmuebles ociosos, con óptimas localizaciones, terrenos vacíos cuyos propietarios nunca se conocieron, herencias vacantes a merced del “oportuno de turno”, tomas informales que en ocasiones son violentas, ventas informales de suelo ocioso, formación de asentamientos, estafas a las clases sociales más bajas, violencia, etc.?

II. La regulación del suelo como instrumento medular de planificación en políticas públicas:

Es necesario asociar dos conceptos estructurales e inescindibles, que nacen a partir de esta situación de incertidumbre que origina el suelo ocioso.

El primero de ellos, lo encontramos en la vacancia como fenómeno obturador de los diferentes planes locales para el desarrollo territorial integrado, es decir, aquellas acciones de planeamiento urbano-ambiental que comprenden también las cuestiones vinculadas al acceso justo al hábitat.⁴ Y en segundo término, resulta imprescindible analizar el fenómeno de la inobservancia sistemática del Estado, de cumplir con el deber de incorporar los inmuebles que carecen de dueño a su patrimonio inmobiliario fiscal (art. 236 y 2648 del Código Civil y Comercial de la Nación).⁵ En efecto, ratificando lo dicho previamente, no

⁴ Acceso justo al hábitat entendiéndolo como el conjunto de mecanismos y procedimientos dirigidos a garantizar la protección a los derechos humanos referidos a: vivienda digna, derecho a la ciudad, derecho a un ambiente sano, etc. El Hábitat digno implica el acceso universal a la tierra, la vivienda y a las infraestructuras básicas y los equipamientos sociales, los servicios y los espacios de trabajo y producción en un marco de respeto de los rasgos culturales y simbólicos de la comunidad y de la preservación del ambiente, según las particularidades del medio urbano y del rural”. Fragmento del Consenso Nacional para un Hábitat Digno-2015, Habitar Argentina

⁵ Art. 236 CCyCN.-Bienes del dominio privado del Estado. Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales: a) los inmuebles que carecen de dueño. Art. 2648 CCyCN.-Herencia vacante. Si el derecho aplicable a la sucesión, en el caso de ausencia de herederos, no atribuye la sucesión al Estado del lugar de situación de los bienes, los bienes relictos ubicados en la Argentina, pasan a ser propiedad del Estado Argentino, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de la provincia donde estén situados.

está incorporado en la culturas y políticas de los gobiernos en Latinoamérica, el de demandar el suelo vacante.

Resulta una asignatura pendiente para todas nuestras instituciones, la de incorporar al Estado como sujeto legitimado y obligado a trabajar sobre la problemática de las propiedades abandonadas. Peor aún, no está incluido como desafío programático de los gobiernos con potestad y decisión política: la movilización de suelo como instrumento autónomo. Es excepcional ver administraciones locales y provinciales, que tengan incorporado la obligación, y hasta el reto institucional, de combatir la problemática del suelo ocioso, analizando la construcción del problema con preguntas básicas, tales como: ¿qué hacer?, ¿a quién le pertenece?, ¿cómo movilizarlo? al suelo vacante. Es por ello que una de las asignaturas pendientes, que tienen los gobiernos en materia de políticas territoriales, es la de visibilizar el problema que trae aparejado el suelo ocioso y trasladarlo a un plano ejecutivo, vale decir, materializar procedimientos para la movilización de ese suelo, por medio de la conjugación de instrumentos normativos, herramientas y dispositivos de gestión.

Por tal motivo, resulta necesario afrontar el desafío comunicacional, y divisar la relación causa efecto que se advierte, de la insuficiencia de las políticas públicas en materia de movilización de suelo ocioso y el daño social generado por dicha circunstancia, sin que esto implique la vulneración de los derechos y garantías que nuestra Constitución Nacional otorga a la propiedad privada.

Son numerosas las opiniones formuladas por organizaciones académicas, sociales y políticas⁶ que atribuyen, en buena medida, a la ausencia de regulación del Estado sobre la tierra

⁶ Clichevsky, Nora. "Tierra vacante en ciudades latinoamericanas" Lincoln Institute of Land Policy, Massachusetts, 2002; De Araujo de Larangeira, Adriana. "Tierra vacante en las ciudades de América Latina: desafíos y oportunidades" Seminario internacional, Lincoln Institute of Land Policy, Massachusetts, 2004; Frediani, Julieta Constanza "La política de manejo de la tierra vacante en el Gran La Plata, Buenos Aires" Cuaderno Urbano. Espacio, Cultura, Sociedad - Vol. 20 - N.º 20 (Junio de 2016) , entre muchos otros.

vacante, como una de las causales que dan origen al crecimiento de informalidad urbana.

Varios espacios comprendidos dentro de las universidades de la Argentina, han brindado diagnósticos muy acabados sobre la problemática del suelo vacante,⁷ particularmente han puesto énfasis sobre la incidencia negativa, que ocasiona la tierra ociosa a los procesos de planificación urbana. Sin embargo, las propuestas para movilizar dicha tierra ociosa quedan solo en el anhelo o en expresiones desiderativas, sin correlato alguno con iniciativas reales del Estado, que por lo general son estériles a la hora de ejecutar políticas públicas que regulen los derechos reales de dominio.

Probablemente, las acciones o políticas de gobierno, están más emparentadas a la “contingencia” nacida de los reclamos de los sectores populares, traducidas en peticiones apremiantes por falta de techo, de servicios, infraestructura, que a la problemática que evidenciamos. En efecto, las administraciones del país, tanto provinciales como municipales, mayoritariamente destinan sus recursos a la búsqueda y adquisición de suelo de manera urgente, apremiados por las circunstancias, y en ocasiones a un precio elevado o focalizada sobre inmuebles que no tienen vocación residencial (falta de equipamiento, infraestructura, inundables etc.).

Lo paradójico de la situación, es que posiblemente no exista en términos políticos, ideología alguna que se abstenga de levantar las banderas del derecho al hábitat y el derecho a la ciudad, por lo menos desde su prédica comunicacional. Sin embargo, en los hechos, el planteo de políticas estructurales que pretendan imponer agendas de gobierno con el objetivo central de regular la propiedad privada con la premisa de movilizar el suelo urbano ocioso, es escaso o de objetivos irrealizables.

⁷ Frediani, Julieta. Ob cit; Paolinelli Jorge, Guevara Tomas, Oglietti, Guillermo y Nussbaum Alejandra “Lotes sin dueño. El abandono como problema urbano” Editorial Universidad Nacional de Río Negro, 2017.

Asociar las obligaciones del Estado frente al derecho al hábitat, hoy en día es sinónimo de regularización dominial. Sin ánimo de deslegitimar la importancia que tienen las políticas públicas que otorgan la titulación suficiente, por ejemplo, la Ley 24.374 (conocida como Ley Pierri) que en la Provincia de Buenos Aires ha ofrecido virtuosamente, cerca de 200.000 soluciones titulatorias a sus habitantes, es fundamental dimensionar que los procesos normativos de regularización dominial, nacen de la inaccesibilidad de recursos por parte de los sectores sociales medios y bajos, y suelen ser acciones ligadas a la asistencia (no en todos los casos).

Por lo expuesto, es necesario mencionar que las acciones de regularización dominial forman parte del patrimonio de las políticas públicas de índole curativa o asistencialistas, que surgieron por un emergente sociohabitacional y no de la planificación organizada del territorio; y nacen en buena medida, como consecuencia de la ausencia de regulación del Estado. Frecuentemente, la secuencia de los procesos negativos de ocupación informal, emergen desde la falta de regulación del suelo ocioso, que otrora fuera vacante, y que las necesidades humanas de vivienda, los han transformando en objeto de ocupación, y posiblemente en una villa o en un asentamiento, en definitiva, en un hábitat no planificado. Las consecuencias perjudiciales son múltiples (social y económica) y las padecen todos los actores, tanto los propietarios del suelo abandonado, como los ocupantes del suelo disponible, posteriormente ante las reclamos colectivos, es el Estado quien debe de afrontar las consecuencias de no regular oportunamente, el suelo vacante.

Posiblemente, el déficit habitacional, las necesidades y urgencias que debe enfrentar el Estado, contribuye directa o indirectamente a postergar “indefinidamente” el trazado de objetivos concretos y sistémicos, dirigidos a neutralizar el estado de abandono del suelo existente en sus ciudades. Combatir esa inercia es, sin lugar a duda, una asignatura pendiente que persiste como carencia objetiva en nuestros gobiernos.

III. Tierra ociosa. Vacancia como género y su especie el abandono

Si bien la vacancia y el abandono son términos utilizados como sinónimos en buena parte de las publicaciones sobre esta temática, es necesario efectuar una diferenciación. Sin ánimo de hacer una tipificación del suelo en desuso, es oportuno formular una pequeña observación distintiva, que pueda contribuir en mayor o menor medida al desarrollo de programas de erradicación del suelo ocioso, en especial el baldío urbano, o tierra con potencialidad de ser edificada.

El suelo vacante, está representado por la tierra sin uso, como bien lo manifiesta la Ley de Acceso Justo al Hábitat N° 14.449.⁸ Por otra parte, el suelo abandonado, requiere de hechos o situaciones fácticas por el cual, el Estado pueda inferir que el propietario, o las personas legítimas para valer el derecho real de dominio, “a priori” tienen la intencionalidad de desprenderse de su propiedad (abandono calificado).

Por tal motivo, es necesario hacer una reflexión entre suelo vacante y suelo abandonado. Entendiendo al primero, *suelo vacante*, como una generalidad que comprende a todos los inmuebles que están sin uso, dentro de los cuales se encuentran los inmuebles *abandonados*. Amerita esta aclaración sobre ciertas especificidades, pues permitirá interpelar mejor el objeto en análisis. Resumidamente, el abandono constituye una especie comprendida dentro del suelo vacante. Para referenciamos con estas figuras, es oportuno citar al artículo 236 CCyCN, que considera bienes del dominio privado del Estado, al “suelo que

⁸ En la Ley 14.449, que modifica el Decreto-Ley 8912/77 (Ley de uso de suelo) T.O. Decreto 3389/87. Sustituye los artículos 84 al 90 inclusive y 92 del Decreto-Ley 8912/77 T. O. por Decreto 3389/87 y sus normas modificatoria. La herramienta de movilización de suelo por intermedio del castigo al baldío (arts., entendiéndose a estos como: “*Todo inmueble en cuyo terreno no existen edificaciones y no tiene uso para actividades económicas.*” Haciendo la penalidad extensiva a la edificación derruida: “*Aquellos inmuebles cuyos edificios se encuentren en estado de deterioro avanzado o hayan sido declarados inhabitables por resolución municipal.*” Y a la edificación paralizada: “*Aquellos inmuebles cuyas construcciones lleven más de cinco años paralizada*”.

carece de dueño”, de modo tal que, ya sabemos que el suelo abandonado es del Estado. Nos falta interpelar sobre “el ¿cómo y cuándo?» deben pasar al fisco. Por ahora, las administraciones de gobierno continúan sin una respuesta contundente a estas preguntas. Su pasividad, solo nos conduce a entender el ¿por qué hay tanto comercio informal con los inmuebles ociosos?

Párrafo aparte merece el tratamiento de los bienes inmuebles que carecen de inscripción de dominio, llamados también del dominio eminente de Estado, que son considerados “res nullius” (cosas sin dueño). Este suelo que aún no ha sido inscripto en el registro de la propiedad, pertenece a los estados provinciales o a sus administraciones locales.⁹

Retomando el universo de los dominios vacantes, podemos aseverar, que tanto la doctrina y jurisprudencia¹⁰, escasamente han abordado el tema, o por lo menos no han dimensionado o denunciado la gravedad que conlleva la existencia significativa del suelo improductivo que existe en nuestro país. Mayoritariamente consideran que la relación jurídica entre el propietario y el inmueble queda extinguida por la causal de abandono del mismo¹¹, supuesto que dan por cumplido, solo e inexorablemente, cuando el propietario manifiesta su voluntad indeclinable de “abandonar” el inmueble. A esta declaración expresa del titular de dominio, la han denominado como “abandono calificado”. Sintéticamente para reunir los extremos requeridos por estos académicos, deberá conjugarse el “abandono material” del inmueble, adicionando, esta declaración manifiesta de abandonarlo, llamado componente subjetivo o psicológico.¹²

⁹ Así lo determina el Decreto-Ley 9533 de la Provincia de Buenos Aires. Es necesario advertir que las acciones de titulación y aprovechamiento de este suelo sin inscripción o del dominio eminente, es una obligación pura y exclusiva del Estado, que no puede legitimar situaciones de informalidad titulatoria, urbana y habitacional con su propio patrimonio

¹⁰ Spota, Alberto G. en “¿Cuándo hay abandono de la propiedad por el cual el Estado la adquiere?” J.A. 1953-I p.227.

¹¹ Lo regulan como una causal de extinción del derecho real de dominio en el art. 1907 CCyCN.

¹² Bianchi, Alberto. “Algunos aspectos constitucionales de la extinción del dominio sobre bienes inmuebles por declaración judicial de abandono”. La Ley 1996-B, 799.

La mirada que prevalece hegemónicamente en ámbitos jurídicos, posiblemente no sea muy diferente a la de los siglos XIX y XX, fundada en principios (actualmente anacrónicos) que pudieran ofrecer seguridad jurídica a un naciente sistema inmobiliario. Esta posición fue manteniéndose con el correr del tiempo hasta nuestros días, sacralizando la absolutez del derecho de propiedad, como claramente lo advertimos en el artículo 1907 del CCyCN, donde consideran al abandono como causal de extinción de dominio, pero omiten expresar un plazo que pueda condicionar al propietario abandonante, y obligar al Estado a demandar la incorporación del inmueble al fisco por la causal de extinción. En síntesis, la propiedad se extingue por abandono, cuando el propietario manifiesta de manera inexorable su voluntad de abandonar el inmueble.

Consideramos que la ciencia jurídica, no puede caer en discusiones bizantinas, porque es una ciencia social y como tal, debe ser funcional y servir a la comunidad. No obstante, es oportuno mencionar, que resulta inverosímil pretender que la vía o alternativa para luchar por la movilización de suelo vacante, sea la comparecencia del titular, manifestando su voluntad de abandonar el derecho de propiedad a través de una escritura pública, particularmente cuando los indicadores sobre el déficit habitacional, ascienden a más de 50% de nuestra población. Como plantea el arquitecto Eduardo Reese, *“la forma de crecimiento de nuestras ciudades, es ambientalmente insustentable, socialmente excluyente, económicamente insuficiente y físicamente insostenible”*¹³. Aun así, a manera de oxímoron podemos aseverar que las ciudades de Latinoamérica “están llenas de vacíos” inmobiliarios, que permanecen abandonados

¹³ Eduardo Reese, arquitecto que se especializa en planeamiento urbano y regional, quién se ha desempeñado como subadministrador del Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires, asesor técnico para los planes maestros de más de 20 ciudades en Argentina; Secretario de Políticas Socioeconómicas del Ministerio de Desarrollo Humano y Laboral de la Provincia de Buenos Aires; asesor al Consejo de Planeamiento Urbano de la Ciudad de Buenos Aires; y Secretario de Planeamiento en la ciudad de Avellaneda. Profesor del Lincoln Institute of Land Policy, y la frase citada fue expuesta en uno de sus cursos en el año 2018.

y, movilizarlos es una responsabilidad de los gobiernos, pero también de las ciencias jurídicas.

En consecuencia, la figura de la propiedad privada continua siendo una limitante sustantiva, que condiciona los paradigmas que bregan por el derecho al hábitat, contenidos por normas de jerarquía constitucional, como son, los Pactos Internacionales (derechos económicos, sociales y culturales), la carta y los contenidos sobre derechos humanos de Naciones Unidas, y hasta de rango menor, el propio Código Civil y Comercial de la Nación que subordina la propiedad privada ante cualquier norma de derecho administrativo que proteja el bien de toda la comunidad.

La regulación del suelo por parte de los gobiernos, deberá direccionar su epicentro con acciones que jerarquicen la regulación del suelo abandonado, con herramientas y dispositivos normativos vigentes. Debe erradicarse la vieja dicotomía, entre la clásica concepción doctrinaria y jurisprudencial de exigir ambos componentes (abandono material, mas, abandono calificado), desde la hegemonía que nos ofrece el derecho administrativo por sobre los derechos reales (art. 1970 CCyCN), apelando al aprovechamiento integral de los dispositivos normativos que cuenta el Estado, para comprobar que ese suelo está abandonado o carece de dueño, y en el caso de no estarlo, plantear estrategias jurídicas (tributarias, urbanísticas, ambientales, etc.) para movilizarlo en favor de la comunidad.

IV. El Estado frente a la problemática del suelo ocioso en general, los instrumentos existentes para movilizar dicha tierra, la ausencia de coordinación y objetivos comunes

En el presente trabajo, consideramos necesario partir de la afirmación de la existencia de suelo urbano vacante, entendiendo el mismo como aquellos inmuebles ubicados en el área urbana que resultan aptos para el hábitat humano, sin aprovechamiento alguno o que se encuentran subaprovechados.

Conforme lo expresado, se advierte hoy en día una incapacidad técnica y económica por parte del Estado para combatir

la problemática de la vacancia y su especie el abandono. Es necesario imprimir acciones de manera sistemática, estructural y desde el punto de vista operativo, con un abordaje sistémico, es decir, que todos los organismos que dependen del Estado confluyan con sus herramientas trabajando en pos del mismo objetivo: la movilización del suelo ocioso.

En efecto, podemos advertir numerosos enunciados normativos y programáticos, que incorporan alternativas válidas para combatir el suelo abandonado, por ejemplo; “la lucha contra la especulación de suelo urbano” (Ley 14.449), “la aplicación de penalidades tributarias al lote baldío” (ordenanzas municipales), cuyos dispositivos parten de una finalidad: la de generar recursos para dar protección a los derechos económicos, sociales y culturales (derecho al hábitat, a la ciudad, etc.). No obstante, estos mecanismos de intervención, no demuestran metodología de trabajo integral en la materia, capaz de comprender un accionar unívoco, que permita dar una seria batalla contra la tierra urbana o semiurbana que yace inmovilizada.

Nuestras administraciones de gobierno, en especial las municipales, carecen de planes, programas y acciones capaces de hacer converger en una misma autoridad de aplicación o en plan estratégico, las diversas herramientas que actualmente se encuentran dispersas en diferentes ramas del derecho (derecho civil, tributario, urbanístico, ambiental, administrativo, etc.), con el objetivo principal de promover políticas públicas circunscriptas a movilizar el suelo para satisfacer las necesidades habitacionales y/o productivas de su comunidad.

La idea de plantear alternativas para la “movilización de suelo ocioso” como objetivo de la propuesta, parte de concebir al Estado como un actor único y capaz de coordinar todos los instrumentos necesarios mediante los cuales podría abordarse la problemática del suelo ocioso urbano, permitiendo irrumpir contra la inercia de los propietarios, a fin de aumentar de esta manera, la oferta formal de inmuebles destinados a sectores populares, paliando el déficit habitacional. El jurista Edesio

Fernández¹⁴, refiere con gran razón que el derecho es uno, y los ordenamientos legales deberán actuar sistémicamente con todas sus herramientas (civiles, urbanísticas, ambientales, etc.) en pos del bien común y por el derecho a la ciudad.

Los contenidos fundamentales que deben estar incorporados en un plan para movilizar el suelo, sin lugar a dudas, deben de interpelar lo relativo a la voluntad del propietario que abandono su suelo, por consiguiente, es tarea medular, indagar si efectivamente el propietario existe, porque posiblemente haya fallecido si es una persona humana, o esta disuelta si es una persona jurídica, y esta situación puede modificar sustantivamente las estrategias pautadas de antemano.

V. El suelo abandonado, un problema harto complejo que debe abordarse desde un enfoque multidimensional

Si nos centramos en el abordaje que realiza la legislación civil en relación al abandono, veremos reducido éste instituto al llamado abandono abdicativo, que muy poco aporta a la solución de la problemática planteada en torno a la tierra ociosa y la necesidad de su movilización. En efecto, la doctrina civilista

¹⁴ Los principios legales en general, y en particular los que regulan los derechos de desarrollo del suelo y las relaciones inmobiliarias, se determinan políticamente y se asimilan culturalmente. Los sistemas legales tienden a ser complejos, ya que incluyen disposiciones distintas, contradictorias y hasta en conflicto, adoptadas en el transcurso del tiempo como consecuencia de procesos sociopolíticos en evolución. El mantenimiento de un sistema legal que no exprese de manera fundamental las realidades de los procesos socioeconómicos y político-institucionales que se propone regular genera distorsiones de todo tipo. La racionalización de un sistema legal es una tarea exigente pero crucial, que requiere la aprobación de nuevas leyes y también un esfuerzo continuo para (re)interpretar los principios y cláusulas en vigencia. No obstante, dicha interpretación puede variar significativamente según el paradigma legal adoptado por el intérprete. Distintos paradigmas pueden coexistir en la misma cultura legal, causando ambigüedades legales y conflictos judiciales potenciales, sobre todo en países donde la división tradicional entre el derecho público y el derecho privado todavía no está claramente delineada Fernandes, Edésio y Maldonado Copello, María Mercedes “El Derecho y la política de suelo en América Latina: Nuevos paradigmas y posibilidades de acción” publicado en Land Lines Julio 2009. Lincoln Institute of Land Policy. <https://www.lincolnst.edu/es/publications/articles/el-derecho-la-politica-suelo-en-america-latina>

clásica¹⁵ solo considera que se configura el abandono cuando existe la escritura traslativa de dominio a favor del fisco, el llamado abandono abdicativo.

El artículo 236 CCyCN determina que “*Son bienes del dominio privado del Estado: inc a) los inmuebles que carecen de dueño*”. Al respecto, surge una pregunta crucial en relación a: ¿Cómo llega el Estado, único y exclusivo sujeto legitimado, para reclamar bienes sin dueño, a determinar cuándo un inmueble carece de dueño? Como lo enunciamos previamente, a tenor de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, debería interpelar a todos los titulares de inmuebles, que a simple vista se presentan materialmente con signo de abandono.

En el caso de la Provincia de Buenos Aires, el Registro de la Propiedad Inmueble ha dictado una Disposición Técnico Registral ajustada a dicha interpretación, determinando como proceder frente a la registración de una escritura abdicativa del dominio.¹⁶

De tal modo vemos que la normativa civil actual, está enfocada en aquella persona que viene a abandonar un inmueble, pero esta circunstancia no es la que reviste relevancia a fin de encauzar y atender de manera comprometida, la problemática de la tierra vacante.

El suelo que efectivamente se encuentra abandonado, tiene un enorme riesgo de ser incorporado al mercado informal. Sobre este escenario, tenemos que lamentar el aumento exponencial de este mercado irregular que, en ocasiones frecuentes, está en manos de las llamadas ocupaciones de “guantes blanco”, y pertenecen a sectores sociales medios o altos, representados por inmobiliarias o desarrolladores deshonestos, o simplemente ciudadanos con la información y los recursos suficientes como

¹⁵ Kiper, Claudio Marcelo; Mariani de Vidal, Marina; Alterini, Atilio; Kemelmajer de Carlucci, Aida, entre muchos otros.

¹⁶ DTR 14/2008 en sus considerandos refiere que “...*el abandono de un inmueble sólo puede realizarse mediante manifestación de voluntad expresa, instrumentada en escritura pública ..., debiendo registrarse la misma a los efectos de ser oponible a terceros interesados...*”

para tomar posesión de los bienes, a sabiendas que el Estado se abstendrá de intervenir.

También sucede a menudo, y con mayor frecuencia, las ocupaciones informales, por parte de los sectores medios y bajos, que han convertido a los inmuebles abandonados en una oportunidad para construir para sus viviendas, ocasionado mercados informales, que con frecuencia generan situaciones violentas y generalmente terminan perjudicando a los que menos tienen. Las familias más necesitadas, adquieren por vía de cesión de derechos posesorios, lotes por parte de vendedores que ni siquiera tienen la ocupación efectiva del suelo que cedió (estafa de pobres vs pobres).

Estos escenarios, dan cuenta que el suelo vacante necesita de instrumentos precisos, que denuncien ese estado, coaccionando la exteriorización de una voluntad, y si esa voluntad no se manifiesta, pues bien, deberá pasar a constituir un bien fiscal, teniendo el gobierno la obligación imperativa de destinarlo a fines sociales, ambientales, culturales o productivos.

En el derecho comparado, el abandono también tiene una mirada hegemonícamente civilista, cuando hablamos de extinción del dominio por abandono, pero las consecuencias difieren. Por ejemplo, el de Brasil, en su artículo 589¹⁷, refiere que

¹⁷ Luego de enumerar en el art. 1275 al abandono como una causal de pérdida de la propiedad, el art. 1276 textualmente establece “Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições. § 1o O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize. § 2o Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.”, que traducido refiere que: La propiedad urbana que el propietario deja, con la intención de no conservarla más en su patrimonio, y que si no está en posesión de otra persona, puede ser recogida, como un bien vago, y transferida, tres años después, a la propiedad del Municipio o al Distrito Federal, si se encuentra en los distritos respectivos. § 1 La propiedad ubicada en el área rural, abandonada en las mismas circunstancias, puede ser recolectada, como un bien vago, y transferida, tres años después, a la propiedad de la Unión, donde sea que se encuentre. § 2. Se presumirá que la intención a que se refiere este

la propiedad inmueble se pierde por abandono, el inmueble será reputado como vacante y transcurridos tres años pasará al dominio del Estado; el Código de Perú, enuncia en su artículo 968¹⁸ que la propiedad se extingue por abandono del bien por veinte años en cuyo caso pasa el predio al dominio del Estado.

En nuestra legislación, el art. 1907 CCyCN¹⁹ determina la extinción de todos los derechos reales por el abandono como principio general, consecuentemente el dominio se extingue por abandono. Pero paradójicamente el art. 1942 CCyCN dentro de la característica de perpetuidad del derecho real de dominio, determina que el mismo subsiste con independencia de su ejercicio, agregando que *“No se extingue, aunque el dueño no ejerza sus facultades, o las ejerza otro, excepto que éste adquiera el dominio por prescripción adquisitiva”*, es decir que persiste, aunque su titular dominial no ejerza actos de propiedad.

He aquí el meollo paradójico, el titular pierde el dominio por abandono, pero no necesita ejercer actos sobre el inmueble para mantener su derecho real de dominio, lo cual en cierto modo conduce a un contrasentido, y definitivamente no da respuestas a las necesidades del Estado para garantizar el derecho universal del acceso seguro al hábitat. Por tal motivo, es el Estado en sus tres esferas de gobierno –nacional, provincial y municipal-, el único actor que puede limitar el derecho real de dominio, por medio de mecanismos regulatorios, compuestos por una multiplicidad de figuras (tributarias, civiles, urbanísticas, ambientales, etc.) y así, poner en marcha un mecanismo que permita movilizar dichas tierras.

artículo es absoluta cuando, una vez que los actos de posesión hayan cesado, el propietario ya no esté obligado a satisfacer la carga fiscal

¹⁸ Textualmente el art. 968 establece las causales de extinción de la propiedad y determina *“La propiedad se extingue por: . . . 4.- Abandono del bien durante veinte años, en cuyo caso pasa el predio al dominio del Estado”*.

¹⁹ Art. 1907 CCyCN *“Extinción. Sin perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, éstos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono y por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena”*

El exhaustivo trabajo realizado por Nora Clichevsky²⁰ sobre los diferentes abordajes de vacancia en América, dan sobradas razones al nudo crítico de esta problemática, y pone en evidencia el escaso abordaje que tiene la vacancia en relación al derecho civil.

VI. Como determinar cuándo un inmueble se encuentra abandonado. Maneras de movilizarlo. La caja de herramientas e instrumentos normativos en las provincias argentinas

Identificar cuando un bien vacante, es efectivamente abandonado por su propietario, posiblemente sea el desafío más significativo y complejo, que tengan que enfrentar las administraciones públicas, en especial las municipales o locales. ¿Cómo interpelar formalmente, acerca de las intenciones o voluntad de los propietarios cuando los mismos, no han podido ser contactados? Es una respuesta difícil de obtener, pues la misma requiere de una tarea tediosa que demanda insumo de tiempo y recursos extras, dos recursos que factiblemente los municipios no dispongan, en consecuencia, la mayoría de las veces, prescinden de la tarea más temprano que tarde.

El ordenamiento legal es único e inescindible y por ello, el objeto debe ser abordado sistémicamente, pero hay sobrada evidencia que hoy la tierra vacante no se incorpora al aprovechamiento pleno como debiera (planificación mediante) y son, muy pocos actores o estamentos del Estado, los que pretenden denunciar al abandono como acción en sí mismo.²¹

²⁰ Clichevsky, Nora. Ob cit.

²¹ Los sectores populares carecen de recursos no solo económicos sino de conocimientos, y en consecuencia la tierra ociosa que está abandonada es un recurso potencial para gente de clase media y alta, que tiene acceso a las herramientas jurídicas y al aparato judicial, y mediante procesos de prescripción adquisitiva, cesión de acciones y derechos posesorios, entre otras figuras, termina adquiriendo esos bienes abandonados. En este entramado, no podemos dejar de mencionar la indiferencia y disociación que el Poder Judicial acuerda a esta problemática frente a la demanda que la agenda del Poder Ejecutivo requiere para

Para lograr resultados en esta empresa, en primer lugar, es relevante poder conformar y dar existencia institucional, a una *autoridad de aplicación* que visibilice el problema en su conjunto (la vacancia y el abandono en su especie) en definitiva, buscar un sujeto con capacidad de regular y sanear esta situación irresuelta.

Como lo expresamos anteriormente, los Municipios o Comunas, carecen de capacidad operativa para ejecutar un programa ad-hoc (por ausencia e insuficiencia de recursos humanos, técnicos, económicos, etc.). Por tal motivo, es necesario darle vigor, con estamentos supralocales, que puedan erigirse sobre las administraciones provinciales, articulando la gestión con las autoridades locales. Resulta imprescindible así, que dicha autoridad sea del estamento provincial, y tenga las potestades suficientes para articular y vincularse con organismos de contralor, de recaudación, de medio ambiente, de urbanismo, técnicos (georreferenciación, escrituración) e incluso generar acciones de consulta con el Poder Judicial.

Los indicadores cuantitativos sobre los vacíos urbanos y periurbano son contundentes, dando motivos o razones suficientes para la generación de políticas públicas que aborden y den respuestas específicas al tema. La búsqueda de alternativas para movilizar el suelo urbano, inexorablemente debe estar vinculada a los procesos de producción de ciudad que realizan los diferentes planes y programa de desarrollo territorial (movilización de suelo ocioso con el objetivo de llevar adelante planes urbanísticos).

La movilización de suelo requiere de una caja de herramientas e instrumentos, que logre un abordaje multidisciplinar, con la finalidad de dar uso a este universo de activos inmobiliarios desaprovechados.

atender a la demanda habitacional. Es preciso señalarlo, el Poder Judicial no dimensiona la problemática de la tierra abandonada, y no sólo ello sino que continúan parados en una visión anacrónica de la propiedad privada caracterizada por la absolutez y perpetuidad.

Existen diferentes vías legales, capaces de dar batalla contra la debilidad estructural provocada por la gran cantidad de suelo desaprovechado existente en el país. Por ejemplo, el impuesto progresivo al baldío urbano²²(de naturaleza tributaria), o la figura del reajuste de tierra²³ (de naturaleza urbanística), y hasta inclusive las enormes alternativas que prevé la figura de los convenios y/o consorcios urbanísticos²⁴, donde propietarios privados y el Estado pueden asociarse con mutuos beneficios (de naturaleza urbanística).

Sin perjuicio de los dispositivos, estrategias y planes que puedan establecer los diferentes estamentos del Estado, consideramos medular hacer hincapié en tres institutos normativos, que de manera conjunta y/o autónoma son determinantes a la hora de movilizar suelo ocioso.

Pasamos a enumerar y analizar dichos instrumentos que se encuentran vigentes en todas las provincias del país:

1. La acción declarativa: la movilización del suelo, desde una herramienta contemplada en los códigos de procedimiento de las provincias

El Estado (Provincia o Municipio), como cualquier sujeto jurídico con derechos y obligaciones, puede recurrir al código de procedimiento civil, con el objeto de obtener un

²² Art. 39 Ley 14.449 determina: "Fondeo del sistema de financiamiento. Establécese, a partir del ejercicio fiscal 2013, una contribución adicional del cincuenta por ciento (50 %) sobre el impuesto inmobiliario total determinado que corresponda a la Planta Urbana Vacante o Baldíos por aplicación de la Ley Impositiva, cuya recaudación se destinará al Fondo Fiduciario Público "Sistema de Financiamiento y Asistencia Técnica para la Mejora del Hábitat."

²³ Arts 89 a 92 Decreto Ley 8912/77.

²⁴ Art. 55 Ley 14.449. Consorcios urbanísticos. A los fines de esta ley se denomina consorcio urbanístico a la forma de ejecución de proyectos de urbanización o edificación, conjuntamente entre organismos gubernamentales y actores privados, sean estos personas físicas o jurídicas, aportando cualquiera de ellos, inmuebles de su propiedad y el otro las obras de urbanización o de edificación, y que luego de la realización de las mismas cada parte recibe como compensación por su inversión, unidades inmobiliarias debidamente urbanizadas y/o edificadas.

pronunciamiento que elimine la falta de certeza, sobre la existencia de una relación jurídica. Ese instrumento se denomina acción declarativa o meramente declarativa y se encuentra contemplada en la totalidad de los Códigos de Procedimiento Civil de nuestras provincias.

En tal sentido, la acción declarativa de certeza, en relación a este objeto en análisis, serviría como mecanismo facilitador a efectos de determinar si existe voluntad del propietario en abandonar su derecho de propiedad, y eventualmente, en caso de comparecer, indagar cual es la razón o motivo por el cual, el titular de dominio no se ha hecho cargo de las obligaciones emanadas del dominio (tributarias, urbanísticas, ambientales, etc.).

La legitimación para iniciar la acción, abarca tanto a las Provincias como a los Municipios. Pero sin lugar a dudas, son estos últimos, quienes, por razones de vecindad y atribuciones competenciales (ej. Ley orgánica municipal), deberían dar cuenta y denunciar esta situación. Este instrumento se encuentra vigente, y es un instituto jurídico actual, del que podría echarse mano para poner fin a innumerables situaciones de vacancia y abandono.²⁵ Como precedentes normativos y académicos, con especificidad en la “acción sobre declaración de vacancia sobre inmuebles”, encontramos un proyecto de ley en la Provincia de Buenos Aires, Exp-D 369-14-15²⁶, o las propuestas realizadas por los investigadores de la Universidad Nacional de Río Negro.²⁷

Al respecto, cabe señalar que, en la actualidad, las nuevas tecnologías que facilitan el manejo de los datos espaciales, han contribuido de manera favorable en la identificación de vacíos urbanos. Dentro de los gobiernos, mayoritariamente son los

²⁵ No se descarta la posibilidad de que un particular, titular de dominio del inmueble, pueda instarlo. De hecho es lo acontecido en la causa “KAUFER RICARDO LUIS S/ ACCION DECLARATIVA”. Juzgado Civil y Comercial Nro. 9 de La Matanza, sent. de fecha 27/12/2019.

²⁶ Carballo, Franco: Proyecto de ley: Acción declarativa de vacancia en la Provincia de Buenos Aires”. Cámara de Senadores de La Provincia de Buenos Aires. 2014-2015

²⁷ Paolinelli, Jorge, Guevara Tomás, Oglietti, Guillermo; Nussbaum, Alejandra “Lotes sin Dueño. Derecho de propiedad y abandono como problema urbano” Editorial UNRN, Río Negro, 2017.

provinciales los que cuentan con las capacidades logísticas, tecnológicas y operativas para detectar tierras vacantes u obtener la mayor cantidad de información previa, antes de la demanda.

De modo tal, determinado el vacío urbano, la autoridad provincial a la que referimos párrafos arriba, como de intervención necesaria, debería coordinar integradamente con los municipios, la tarea previa de indagación sobre el estado de abandono del inmueble en cuestión. Así, el procedimiento previo de búsqueda deberá apuntar a la averiguación sobre la existencia del titular dominial del inmueble y su voluntad en relación al mismo, pero sin esperar al abandono abdicativo al que nos referimos ut supra, sino como medidas preliminares a la demanda por acción declarativa de certeza, que pueda culminar con una sentencia esclarecedora y vital sobre ese “estado de abandono”.

En el presente trabajo pretendemos visibilizar la importancia de contar con una acción declarativa del estado de abandono del bien, tomada como una herramienta estructural avocada a combatir de manera sustantiva la vacancia de los inmuebles. Un mecanismo autónomo que habilite y ofrezca al Estado, imprimir las acciones que permitan recuperar la tierra vacante sin perjuicio de complementarse con otros instrumentos y herramientas legales, urbanísticas, ambientales y tributarias, todas ellas operadas por una misma autoridad con competencia y capacidad específica para entender en esta problemática.

2. La herencia vacante: un instrumento desaprovechado por los estados provinciales. La inacción del Estado frente a las sucesiones vacantes como fenómeno inductor del mercado informal, y el fortalecimiento de prácticas oportunistas sobre los inmuebles vacantes

El Código Civil y Comercial de la Nación determina que los bienes que carecen de propietario son vacantes y como tal pertenecen al Estado. Precisamente, el artículo 2441 establece “*Declaración de vacancia. A pedido de cualquier interesado*

o del Ministerio Público, se debe declarar vacante la herencia si no hay herederos aceptantes ni el causante ha distribuido la totalidad de los bienes mediante legados. Al declarar la vacancia, el juez debe designar un curador de los bienes”, y el artículo 3539 determina: “Cuando, después de citados por edictos durante treinta días a los que se crean con derecho a la sucesión, o después de pasado el término para hacer inventario y deliberar, o cuando habiendo repudiado la herencia el heredero, ningún pretendiente se hubiese presentado, la sucesión se reputará vacante”

Desconocemos la existencia de indicadores, que determinen a nivel nación, provincias o municipios, cuantas demandas por herencias vacantes se denuncian y procesan en el país por parte de las provincias argentinas y CABA, pero si podemos afirmar que el número no es significativo y lamentablemente en la mayoría de los casos, la denuncia la efectúan los particulares por el derecho al premio que obtendrán, una vez liquidado el patrimonio vacante. Para el imaginario social, y lo que es peor, para muchos funcionarios de nuestras provincias, el Estado no es un partícipe necesario en la materia, sobre todo en la denuncia y sustanciación de los procesos sobre sucesiones vacantes. La normativa provincial en relación al tema, no considera a la herencia vacante como un instrumento que pueda servir para dar cumplimiento a derechos universales como son el acceso al hábitat, la titulación plena, el equipamiento comunitario o el derecho a la ciudad.

El panorama descripto anteriormente nos permite visualizar la situación jurídica en la que se halla inmersa este tipo de inmuebles, que metafóricamente los podríamos ubicar en el “limbo”. Este limbo, siempre es funcional al mercado informal, pues claramente la ausencia de regulación en la materia (con políticas de gestión sustentadas en normas operativas, que incluyan procesos administrativos dirigidos a denunciar masiva y sistemáticamente las sucesiones vacantes) contribuye a llenar los bolsillos de sujetos “con información” que se apoderan de los bienes vacantes, sin denuncia alguna. El silencio y la consiguiente

omisión o falta de acción del Estado sobre un patrimonio que potencialmente debería ingresar a su titularidad, beneficia a los más oportunos, que por lo general no son los más necesitados.

En primer término, es necesario determinar quién puede constituirse en actor dentro de los estamentos del Estado, legitimado para reclamar en nombre del fisco esa herencia vacante. Sin lugar a dudas son las Provincias y CABA los actores con potestad legítima para reclamar e intervenir en los procesos de sucesiones vacantes.

La dinámica poblacional, las nuevas prácticas de legitimación y deslegitimación sobre el uso de suelo, obligan al Estado a generar instrumentos de intervención efectiva, capaces de complementar operativamente las formas de control y gestión de la tierra en relación a su estado físico (abandonado) y jurídico (carece de dueño). Por tal motivo, es necesario discriminar dos elementos preliminares, para comprender el universo de las sucesiones vacantes:

- *La ausencia de herederos*. En los procesos que demandan sucesiones vacantes, el Estado, representado por las fiscalías de las provincias, al momento de la correspondiente denuncia y posterior demanda judicial (reputación y declaración de vacancia), “presume” que la herencia se encuentra vacante, eventualmente puede rectificarse esa presunción, ante la presentación de algún legitimado en las actuaciones judiciales.

- *El estado ocupacional* de los inmuebles que se presumen pertenecientes a una herencia vacante.

En este escenario, es necesario introducir en agenda dos conceptos medulares, en cuanto a la teleología o finalidad comunitaria del instrumento:

La herencia vacante, como dispositivo de regularización dominial: resulta llamativa la escasa o nula intervención del Estado sobre sucesiones vacantes, particularmente cuando involucra a inmuebles poseídos por familias o habitantes que destinan su uso al de vivienda, única, familiar y permanente.

Los sectores sociales pertenecientes a las clases medias y bajas, se encuentran imposibilitados materialmente de reclamar derechos; en especial aquellos inherentes a la adquisición de dominio. La falta de recursos económicos, de acceso a la justicia, y también ausencia de conocimientos específicos sobre los instrumentos para hacer valer derechos posesorios, impiden que los poseedores que habitan el suelo perteneciente a una sucesión vacante, puedan obtener el derecho real de dominio.

Estos casos han sido poco visibilizados por la normativa, y es por ello que el Estado tiene la obligación de acudir ante el denominado “silencio de los invisibles”, posiblemente por una falencia estructural y coyuntural del sistema administrativo, y también del judicial. La regularización dominial en estos supuestos, es una asignatura pendiente por parte del Estado en todos sus estamentos, sustancialmente porque los modos de adquirir el dominio que ofrece nuestra legislación civil, son alternativas inaccesibles desde lo cultural, e inasequibles desde lo económico, para los sectores pertenecientes a clases medias y bajas. Por tal motivo, es imprescindible e imperativo, adaptar la normativa de las Provincias, a efectos de evitar, ese estado de propiedad disociada existente, que hace que el título no se corresponda con la legítima posesión ejercida sobre el inmueble. En síntesis, es necesario transformar por medio del Estado, aquellas situaciones que son legítimas por parte de quienes la poseen. El Estado puede garantizar sobre las herencias vacantes la seguridad jurídica al universo de poseedores imposibilitados de acceder al universo de instrumentos que ofrece el Código Civil (juicio de usucapión, de escrituración etc.), por ejemplo, las sucesiones vacantes destinadas a vivienda única, familiar y permanente de sus poseedores, o también para aquellas instituciones u organizaciones colectivas que aprovechan el suelo para actividades productivas, culturales, sociales, deportivas etc.

Por ello, es válido poner énfasis en la acción del único actor visible, el Estado. La complementariedad de acciones entre gobiernos provinciales y municipales, pueden irrumpir contra esta informalidad, denunciando masivamente las sucesiones

vacantes, para luego integrarlas a programas sociales de regularización dominial a favor de sus ocupantes.

La herencia vacante como movilizador de suelo ocioso: los planificadores urbanos han puesto en evidencia, como una debilidad contundente, la problemática de los vacíos urbanos cuyos propietarios están fallecidos y no encuentran heredero responsable del inmueble. Sin dudas, estas situaciones constituyen una amenaza para el futuro de los planes urbanísticos, o el cumplimiento efectivo de sus objetivos. De tal manera, es imperativo, de una vez por todas implementar políticas públicas sobre el suelo, que permitan erradicar estos hechos o acontecimientos negativos. Denunciar herencias vacantes de manera sistemática no sólo es una forma de contribuir a la planificación urbana, sino también, de abortar desde políticas de Estado las acciones o estrategias informales del mercado. Y fundamentalmente, como razón estructural, implica que la sociedad tome conciencia del valor y función social que tiene el suelo.

La figura de la herencia vacante en la Provincia de Buenos Aires. Los Municipios partícipes del aprovechamiento social

Mención especial merece el análisis de la figura en la provincia de Buenos Aires, donde los inmuebles pertenecientes a herencias vacantes, sean estos urbanos o rurales, se encuentran determinados por el artículo 17 del Decreto Ley N° 9.533/1980, ordenamiento que sistematiza el ámbito material y funcional de aplicación, disponiendo que las herencias vacantes se regularan por leyes específicas y orgánicas de Fiscalía de Estado (Decreto Ley N° 7543/1969 y Ley 7.322). Desde nuestra óptica el único actor, con oportunidad, y capacidad para intervenir en estos procesos es el Municipio, apelando al acabado conocimiento que tiene sobre el territorio, que le permite informarse de los derechos, obligaciones, padecimientos y necesidades de sus vecinos.

Por ello, el universo de inmuebles que presuntamente pertenecen a una herencia vacante, ofrece una oportunidad a los Estados locales; cuyo accionar deberá sustentarse sobre tres pilares:

- 1) Necesidad del Estado de revertir la anacrónica lógica del “laissez faire” y cumplir la deuda histórica, de aquellos expoliados sociales asentados legítimamente sobre el suelo abandonado pertenecientes a personas fallecidas.
- 2) Afrontar la demanda apremiante de los bancos de tierras municipales, a fin de dar cumplimiento a las necesidades sociales, urbanas y productivas.
- 3) Concientizar sobre las obligaciones que emana heredar una propiedad, mediante la constitución y consolidación de una normativa local que inhiba la especulación inmobiliaria, evitando mantener bienes sin uso, particularmente en territorios donde los indicadores sobre el déficit habitacional son muy elevados.

Partimos del concepto que los funcionarios públicos en la Provincia de Buenos Aires, están obligados a denunciar las herencias presuntamente vacantes, si toman conocimiento de las mismas, el ejemplo más claro lo menciona el mismo Decreto-Ley N° 7322/67 cuando determina que, los funcionarios policiales que toman intervención sobre una persona fallecida del cual no se conocen herederos, deben denunciar la sucesión vacante.

La Fiscalía de Estado bonaerense es autoridad de aplicación en la materia. El procedimiento que deberá aplicar, con relación a los inmuebles provenientes de sucesiones vacantes, se puede sintetizar en estos pasos. 1- Sentencia declarativa por el juez competente, los inmuebles pasan al fisco. 2- Fiscalía iniciaba los procesos para subastarlo 3- Los organismos del Estado, podían demandar el inmueble, para uso específico 4- Si no había requerimiento por parte de los organismos, se llevaba a subasta y el producido ingresaba a la Dirección de Educación de la Provincia.

En el año 2005 por medio del Decreto N° 92, esta herramienta se hizo extensiva a los Municipios, permitiéndoles acceder a la oferta de bienes provenientes de herencias vacantes, cuando justificaren su uso para una función social, circunstancia que importa además una motivación extra, para

que las administraciones locales, tomen la iniciativa en la denuncia de herencias vacantes. Cabe agregar además, que por Decreto 608/17, se aprobó la reglamentación del artículo 16 del Decreto-Ley N° 7322/67 en cuanto al procedimiento para la incorporación al patrimonio del estado provincial de bienes inmuebles procedentes de herencias vacantes. El Ministerio de Economía (hoy Hacienda y Finanzas) tiene la facultad de declarar la iliquidez de los inmuebles provenientes de herencias vacantes, como así también se establece que si no se resuelve la incorporación del bien al Estado en un plazo de siete meses desde la comunicación de Fiscalía de Estado al Ministerio, el primero queda habilitado a proceder a la venta del inmueble en el marco de la causa judicial.

El Estado cuenta con los medios necesarios para denunciar masivamente las herencias vacantes, en especial las que se encuentran sin uso o abandonadas. En primer término, para atender a la demanda que le requieren sus planes y programas de gobierno y en segundo lugar, cuando no exista el interés directo del Estado en aprovechar su uso, subastarlo, logrando así ingresar al circuito formal y al mercado, un activo con su correspondiente propietario contribuyente, aprovechando concomitantemente el producido de la subasta para una finalidad común.

3. El tributo como instrumento movilizador de suelo ocioso: el Estado como agente de recaudación fiscal de impuestos, tasas y contribuciones, está legitimado indirectamente por medio de la vía de apremio a irrumpir sobre la inercia que genera en nuestras espacios urbanos, periurbanos y rurales los bienes vacantes

El escenario sobre el déficit habitacional es evidente, los loteos para ser destinados a sectores populares, se están agotando rápidamente y la ausencia de stock formal de suelo “servido” o con servicios, conforma un panorama poco halagüeño para las políticas públicas que buscan dar respuestas a sectores sociales bajos y medios. No se avizoran nuevos ciclos

de reactivación del mercado de suelo, sustentado en la inversión pública y/o privada. Si bien algunos estados argentinos, cuentan con un plexo normativo comprometido con leyes de diferente naturaleza jurídica, por ejemplo, como es el caso de la Provincia de Buenos Aires, con la Ley N° 14.449, la ley de regularización dominial 24.374 -conocida como Pierri- de gran aplicación en el ámbito bonaerense, toda esta serie de herramientas jurídicas, no ha logrado aún alcances significativos en materia de movilización de suelo ocioso.

La conducta morosa del contribuyente o responsable tributario de un bien ocioso, responde a diferentes motivos: desinterés en el inmueble, imposibilidad de afrontar el costo fiscal, sociedades disueltas de hecho, titulares de dominio fallecido, y así pueden existir otra multiplicidad de causas que evidencian, en definitiva, el desaprovechamiento de un recurso vital y finito. Pero aquí nace la sustantiva importancia en dimensionar, que esta persona humana o jurídica está provista de derechos de propiedad, pero también, de obligaciones inherentes a la misma, por ejemplo, el de dar aprovechamiento real a su inmueble, y el tributo sin lugar a dudas puede contribuir a cumplir con esas obligaciones, por la vía del proceso apremio, sea de manera administrativa o judicial.

Es posible que, dentro del universo de propietarios, que poseen deudas de impuestos sobre sus inmuebles, también tengan obligaciones incumplidas con los Municipios, adeudado las correspondientes tasas por servicios sobre dichos bienes.

Este capital inmovilizado, que produce cuantiosos gastos a las administraciones provinciales y municipales, originados por la generación de demandas y juicios de apremios, y que, en ocasiones, terminan como expedientes arrumbados en las Fiscalías de Estado de los gobiernos provinciales o los departamentos jurídicos de los Municipios, conlleva sin lugar a dudas, innumerables pérdidas:

- Pérdida del aprovechamiento social y productivo del capital absolutamente inmovilizado (suelo abandonado).

- Pérdida de capacidad de gestión en materia sociohabitacional por parte de las administraciones municipales, en tanto estas frecuentemente carecen de recursos, en especial de suelo formal, para paliar el aumento exponencial del déficit habitacional (cabe señalar que ello aumenta el conflicto, como patrón de comportamiento y reacción ante el déficit habitacional).
- Pérdida de ingresos corrientes a la Municipalidad en concepto de tasas, lo que provoca detrimento de las economías locales, dificultando cualquier instrumentación de sistemas equitativos de la renta pública.
- Conformación de urbanizaciones informales, con poseedores que no pueden acceder a la titulación plena de su propiedad, quedando a merced de operadores inmobiliarios o jurídicos informales o “piratas”, que se aprovechan de sus necesidades, sumado a las consecuencias que genera la inseguridad en la tenencia de la tierra, principalmente las amenazas constantes de desalojos.

En este marco, es necesario visibilizar las funciones que tanto, los organismos destinados a la recaudación fiscal (impuestos y tasas), como aquellos destinados a ejecutar las acciones judiciales para su cobro, deberán propiciar un área necesaria para la individualización del universo de contribuyentes que adeudan impuestos, sobre inmuebles ociosos, con el objetivo común de ampliar la oferta formal de suelo urbano y mejorar la percepción de tributos en relación al suelo que actualmente permanece vacante, o no regularizado dominialmente.

Es imperativo, que la problemática de los bienes vacantes, pueda interpelar a los decisores de políticas públicas, sobre la necesidad sustantiva de integrar a la planificación territorial y agroproductiva a los agentes de recaudación fiscal, compartiendo como objetivo común la movilización del suelo ocioso.

En esta misma dirección, se enumeran algunos objetivos específicos que pueden contribuir al cumplimiento de movilizar el suelo ocioso, como ser:

- Constituir ámbitos y dispositivos de divulgación de instrumentos, métodos y experiencias entre agentes municipales, de fiscalías de gobierno, los organismos de hacienda o recaudación de impuestos, de tribunales de cuentas, y otros organismos, tendientes a la coordinación y fortalecimiento de las capacidades públicas en materia de funcionamiento de mercado de suelo, en particular el abandonado.
- Relevar y evaluar los procesos prejudiciales y judiciales de apremio, cuyo titular de dominio permanece ausente en las causas, estableciendo criterios uniformes y alternativas de intervención con el objetivo final de movilizar el suelo en cuestión.
- Ofrecer desde la normativa tributaria de las provincias, que los Municipios del país, puedan acceder al uso de la herramienta de cesión de créditos fiscales provinciales. Esta herramienta posibilitaría la adquisición de suelo destinado a fines socio habitacionales por parte de los Municipios, adicionando la deuda en concepto de impuestos provinciales a sus acrecidos fiscales en concepto de deuda por tasas municipales, permitiendo que las administraciones locales cuenten con mayores acrecidos fiscales al momento de negociar la adquisición de suelo abandonado, tal como lo prevé la Ley tributaria fiscal Nº 13.404 de la Provincia de Buenos Aires.²⁸

VIII. Conclusión: La debilidad subyacente

La debilidad institucional notoria, demuestra a las claras, la escasa capacidad del Estado para abordar la problemática de la vacancia inmobiliaria. Esta conducta está re-presentada en buena medida, por la existencia de factores, omisiones y

²⁸ Art. 58 Ley 13.404: “*Facúltase al Poder Ejecutivo Provincial a ceder los créditos en concepto de impuesto Inmobiliario, de aquellos inmuebles que el Municipio pudiera adquirir en subasta pública, por vía expropiatoria u otros modos que contribuyan a la viabilidad de programas socio-urbanísticos o de mejoramiento habitacional y/o comunitario.*”

acciones, que suelen devenir en silencios administrativos, parálisis burocrática que siempre perjudica al Estado de manera directa, y a la comunidad toda indirectamente.

Lamentablemente el accionar descoordinado, o la marcada ausencia de articulación entre organismos, pone de relieve que en este “caos competencial” solo se benefician los oportunistas y estafadores. De otra parte, se advierte, el poder judicial ajeno a buscar alternativas de solución estructurales, las organizaciones sociales o comunitarias sin recursos para demandar, el fuerte poder de lobby de algunos desarrolladores inmobiliarios, circunstancias que actúan como limitante y condicionante para este abordaje.

Por todo ello, consideramos imperiosamente necesario, como parte de una política pública en materia de planeamiento urbano habitacional, contar con una autoridad legítimada por el Estado, cuyas misiones y funciones sean la movilización de suelo ocioso, entendiéndola como un objetivo que solo puede cumplirse, si conjugamos todo el abanico de instrumentos que nos ofrece el marco normativo.

Afortunadamente Latinoamérica, cuenta progresivamente con más instrumentos de gestión en el uso del suelo, que contribuyen al trabajo sobre la accesibilidad a un hábitat digno. Cualquier herramienta, dispositivo o instrumento es perfectible, y como tal es necesario ejecutarlos en el marco de un programa, que obligatoriamente las conjugue unas con otras, pues ninguna constituye una panacea universal.

Sin embargo, el problema persiste debido a una multiplicidad de razones radicadas sobre dos ejes: el eje funcional, atribuido a la imposibilidad en la eficacia del Estado, de poder complementar las herramientas legales (ambientales, tributarias, urbanísticas etc.), capaces de confluir en el objetivo primordial que debiera ser la movilización de dicho suelo ocioso; y el eje estructural, que radica en la “actitud timorata” de los propios gobiernos, de poder interpelar al instituto de la propiedad privada, desde su legitimación activa para reclamar los

inmuebles sin dueño. Esta debilidad intrínseca de las políticas de territorio, se encuentra representada por diferentes hechos y actos, cuyas consecuencias derivan en la evasión sistemática que las instituciones tienen sobre la figura de la propiedad privada, aunque esta ya no “exista” más. Si pudiéramos definir un patrón de comportamiento, algo instituido en la administración pública, lo encontraríamos en la evasión sistemática a la pregunta sobre: ¿cuál es la razón para que estos inmuebles permanezcan ociosos?

Inexorablemente la tierra urbana vacante, no figura en las agendas de gobiernos locales o provinciales. Tampoco son visibilizados los procedimientos que permitan combatirla de manera sistémica (integral y armónica) para dar soluciones a las políticas habitacionales urbanas. La vacancia, abarca una multiplicidad de situaciones donde el abandono es considerado una especie de estatus jurídico, en el cual prima fundamentalmente el componente subjetivo materializado por la voluntad del propietario de desprenderse del inmueble. En contraposición, en nuestras ciudades se encuentran lotes urbanos vacantes, que en reiteradas ocasiones atentan contra el derecho al hábitat, al ambiente sano y a la ciudad, subordinando de manera significativa los derechos eco-nómicos sociales y culturales que protegen el derecho de un acceso justo al hábitat, con viviendas ubicadas en territorios dignos, dentro de ciudades íntegramente dignas.

Reiterando la expresión precitada, cual un oxímoron, las ciudades argentinas están “llenas de vacíos urbanos”, la existencia de suelo sin aprovechamiento alguno, conduce a una serie de planteos críticos: ¿importa a las políticas públicas sobre el territorio, indagar sobre la subjetividad o intencionalidad de los propietarios? ¿es hora de interactuar con nuevos paradigmas, que pongan en evidencia que la hegemonía del otrora sacrosanto derecho de propiedad necesita ser regulado?

Frente a estos planteos estructurales, afloran preguntas de índole operativas, ¿los gobiernos locales y provinciales, tienen la capacidad de establecer políticas preventivas que le permitan afrontar sistémicamente la movilización de suelo, valiéndose

del paquete de herramientas como un todo, con la obligación inexorable de hacer trabajar articuladamente todas sus áreas?, ¿los gobiernos locales tienen la capacidad de esperar resultados a largo plazo?, y como colofón la pregunta más urticante, ¿las administraciones locales están en condiciones (políticas, sociales, económicas) para confrontar con sus vecinos sobre el tema tan punzante, aun sabiendo que no tienen stock de suelo urbano para realojar viviendas?

Entendemos que el Estado no puede mantenerse ajeno a esta realidad, debe revalorizar su rol de regulador de los derechos de propiedad. Y tal regulación se manifiesta, poniendo en práctica políticas públicas que incluyan los diferentes dispositivos e instrumentos existentes para combatir el suelo ocioso. El derecho al hábitat, exige un correlato con las obligaciones del propietario, y políticas públicas comprometidas, planificadas debidamente y duraderas. De lo contrario todo queda en un discurso declarativo de derecho y profundamente banal.

Bibliografía

- Bianchi, Alberto (1996) *Algunos aspectos constitucionales de la extinción del dominio sobre bienes inmuebles por declaración judicial de abandono*. Editorial La Ley. Buenos Aires.
- Clichevsky, Nora (2002) *Tierra vacante en ciudades latinoamericanas*. Editorial Lincoln Institute of Land Policy. Massachusetts.
- De Araujo de Larangeira, Adriana (2004) *Tierra vacante en las ciudades de América Latina: desafíos y oportunidades Seminario internacional*. Editorial Lincoln Institute of Land Policy. Massachusetts.
- Fernandes, Edésio y Maldonado Copello, María Mercedes (2009) “El Derecho y la política de suelo en América Latina: Nuevos paradigmas y posibilidades de acción” en Revista *Land Lines*. En línea en: www.lincolninst.edu/es/publications/articles/el-derecho-la-politica-suelo-en-america-latina.com
- Frediani, Julieta Constanza (2016) “La política de manejo de la tierra vacante en el Gran La Plata, Buenos Aires” en *Cuaderno Urbano. Espacio, Cultura, Sociedad*. N.º 20

- Paolinelli Jorge, Guevara Tomas, Oglietti, Guillermo y Nussbaum Alejandra (2017) *Lotes sin dueño. El abandono como problema urbano*. Editorial Universidad Nacional de Rio Negro. Viedma.
- Spota, Alberto (1953) *¿Cuándo hay abandono de la propiedad por el cual el Estado la adquiere?* Jurisprudencia Argentina. Nº 5234

COMENTARIO A LEGISLACIÓN



R. QUINTANA

La llena de gracia

vos sos la mujer
de mis onomatopeyas

que concibe
mi delirio
sin pretensiones
ni temores

me entrega
la cánula
del goce

en el vaivén
de un desliz

y me permite
resollar al fin.

Autora: Athina Schmit

Ilustración de portada: *Rosalía Milagros Quintana*

Teletrabajo, formas de organización, problemas y desafíos. Apuntes para aportar al debate

Telecommuting, forms of organization, problems and challenges. Notes to contribute to the debate

Teletrabalho, formas de organização, problemas e desafios. Notas para contribuir para o debate

Télétravail, formes d'organisation, problèmes et défis. Notes pour contribuer au débat

远程办公, 组织形式, 问题和挑战. 有助于辩论的笔记

Francisco Correa¹ y Carolina Moltrazio²
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 397-415

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e428>

Recibido: 01/06/2020

Aprobado: 01/07/2020

Resumen: El aislamiento alteró rotundamente nuestra forma de vida y aceleró debates que teníamos pendientes en distintos planos. Algunos nuevos. Otros, como el teletrabajo, que tienen algunos años y que responden a múltiples factores. Buscamos hacer algunas aproximaciones conceptuales y analizar el impacto que tienen las nuevas formas de

¹ Licenciado en Sociología / Trabajador del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación / Docente de la Facultad de Psicología y de la Facultad de Artes de la Universidad Nacional de La Plata. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9660-0435>).

² Abogada Matriculada CALP – CFALP / Trabajadora del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación / Coordinadora del Seminario de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la FCJS UNLP / Adscripta Graduada de la Cátedra III de Derecho Político FCJS UNLP. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1246-6425>).

producción sobre la forma de organización del trabajo, así como los desafíos jurídicos y sindicales que se disparan. La historia de la humanidad ha demostrado que con la evolución de las formas empresariales y de los procesos productivos se han dispuesto y/o diseñados nuevas herramientas de trabajo, nuevas formas de consumo, nuevas formas de estudio, nuevas formas de vincularnos, nuevas formas de familia, nuevas formas de organización gremial y política. Este devenir exige una mirada crítica para entender a qué responde el fenómeno del teletrabajo en tanto nueva modalidad de contratación. Así como también para pensar, proyectar y resolver las distintas dificultades que se presentan en materia gremial política (para adaptarnos a una nueva forma de organización que altera nuestras condiciones de trabajo) y en materia normativa (para reglar una nueva realidad laboral). Al respecto, compartiremos las nociones fundamentales del nuevo régimen legal del contrato de teletrabajo.

Palabras clave: trabajo, capitalismo, tecnología, legislación

Abstract: The quarantine completely altered our way of life and accelerated debates that we had pending on different levels. Some new. Others, such as teleworking, which are a few years old and which respond to multiple factors. We seek to make some conceptual approaches and analyze the impact that new forms of production have on the form of work organization, as well as legal and union challenges disappear. The history of mankind has shown that with the evolution of business forms and production processes, new work tools, new forms of consumption, new forms of study, new ways of connecting, new ways of working have been arranged/designed new forms of union and political organization. It is necessary to turn a critical look to listen to what the telework phenomenon responds to as a new form of hiring. As well as to think, project and solve the different difficulties that arise in political union matters (to adapt to a new form of organization that alters our working conditions) and in normative matters (to regulate a new labor reality). In this regard, we will share the fundamental notions of the new legal regime of the teleworking contract.

Keywords: work, capitalism, technology, legislation

Resumo: O isolamento alterou radicalmente nosso modo de vida e acelerou os debates pendentes em diferentes níveis. Alguns novos. Outros, como o teletrabalho, que têm alguns anos e que respondem a múltiplos

fatores. Procuramos fazer algumas abordagens conceituais e analisar o impacto que as novas formas de produção têm na forma de organização do trabalho, bem como os desafios jurídicos e sindicais que se desencadeiam. A história da humanidade tem mostrado que, com a evolução das formas de negócios e dos processos produtivos, novas ferramentas de trabalho, novas formas de consumo, novas formas de estudo, novas formas de nos vincularmos foram sendo arranjadas e / ou desenhadas. , novas formas de família, novas formas de união e organização política. Essa evolução exige um olhar crítico para entender a que responde o fenômeno do teletrabalho como uma nova forma de contratação. Bem como pensar, projetar e resolver as diferentes dificuldades que surgem nas questões sindicais políticas (para se adaptar a uma nova forma de organização que altera as nossas condições de trabalho) e nas questões normativas (para regular uma nova realidade laboral) Neste sentido, iremos partilhar as noções fundamentais do novo regime jurídico do contrato de teletrabalho.

Palavras-chave: trabalho, capitalismo, tecnologia, legislação

Résumé: L'isolement a complètement modifié notre mode de vie et accéléré les débats que nous avons en suspens à différents niveaux. Des nouveaux. D'autres, comme le télétravail, qui datent de quelques années et qui répondent à de multiples facteurs. Nous cherchons à faire des approches conceptuelles et à analyser l'impact des nouvelles formes de production sur la forme d'organisation du travail, ainsi que les défis juridiques et syndicaux qui en découlent. L'histoire de l'humanité a montré qu'avec l'évolution des formes d'entreprise et des processus de production, de nouveaux outils de travail, de nouvelles formes de consommation, de nouvelles formes d'étude, de nouvelles façons de se connecter, de nouvelles façons de travailler ont été aménagées / conçues nouvelles formes d'union et organisation politique. Cette évolution nécessite un regard critique pour comprendre à quoi répond le phénomène du télétravail comme nouvelle forme de contrat. Aussi bien que de penser, projeter et résoudre les différentes difficultés qui surgissent en matière d'union politique (pour s'adapter à une nouvelle forme d'organisation qui modifie nos conditions de travail) et en matière normative (pour réguler une nouvelle réalité du travail). À cet égard, nous partagerons les notions fondamentales du nouveau régime juridique du contrat de télétravail.

Mot-clés: travail, capitalisme, technologie, législation

摘要: 隔离彻底改变了我们的生活方式，并加速了我们在不同层次上尚待解决的辩论。一些新的。其他一些，例如远程办公，已经使用了几年，并且可以对多种因素做出响应。我们寻求提出一些概念上的方法，并分析新的生产形式对工作组织形式的影响，以及由此引发的法律和工会挑战。人类的历史表明，随着商业形式和生产过程的发展，已经安排和/或设计了新的工作工具，新的消费形式，新的学习形式，新的联系方式，新的工作方式。家庭，工会和政治组织的新形式。这种发展需要批判性的眼光，以了解远程办公现象作为一种新的合同形式会做出什么样的反应。除了思考，预测和解决在政治联盟事务(适应适应改变我们工作条件的新组织形式)和规范事务(调节新的劳动现实)方面出现的各种困难。在这方面，我们将分享远程办公合同新法律制度的基本概念。

关键字: 工作, 资本主义, 技术, 立法

I. Introducción

Los cambios que se produjeron en nuestra vida cotidiana a partir de la pandemia ocasionada por el COVID 19, la consecuente emergencia sanitaria decretada en nuestro país y las sucesivas medidas que se han adoptado para su abordaje, pusieron sobre la mesa un sinnúmero de problemas y temas de análisis: el rol del Estado; el rol de los/as trabajadores/as públicos, la relevancia de la salud y la educación pública; la acción militante solidaria del movimiento obrero organizado, movimientos sociales y organizaciones intermedias en general; las condiciones laborales de nuestros/as trabajadores y trabajadoras; la soberanía tecnológica; relaciones afectivas, configuración de la familia y distribución de las tareas en el hogar. Estos son algunos de los puntos que veníamos trabajando, procesando, militando y que a raíz de la realidad impuesta por el aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) se evidenciaron o se empezaron a enunciar más fuertemente. Uno de ellos, es el llamado “*teletrabajo*”; concepto que lejos de ser novedoso, es una forma que se ha dispuesto hace varios años con el surgimiento de capitales financieros transnacionales y los avances de las Tecnologías de

la Información y las Comunicaciones (TIC's). Con el presente documento nos proponemos sumar aristas y “lentes” para el intercambio. Incorporar nociones vinculadas con la crisis del capitalismo y su impacto en los modos de acumulación y el trabajo; cómo concebir al teletrabajo, problemas y desafíos; derechos laborales y organización sindical.

II. Crisis Mundial, Acumulación y Trabajo

Como se viene anunciando en numerosos artículos, estamos viviendo a escala mundial no sólo una crisis del modelo neoliberal, sino una crisis sistémica del capitalismo mismo. Crisis que traerá aparejada un nuevo orden económico mundial, la transición hacia una nueva forma civilizatoria, caracterizada por lo “multipolar” y lo “pluriversal”. En este sentido, la situación de la pandemia es la consecuencia de una crisis estructural del sistema y no la causa de la crisis económica, política y cultural que vive nuestro planeta.

Como afirman Formento y Dierckxsens (2018):

Esta crisis tiene entre una de sus características la pelea del Capital Financiero Global por subordinar al Capital Financiero Multinacional (...); el primero identificado económicamente con la gran banca global transnacional (Citygroup, HSBS, Barclays, Lloyd's, ING Bahrings, Santander, etc). El segundo con los megabancos multinacionales continentalistas (JPMorgan-Chase, Bank of América, Goldman Sachs, entre otros) y sus corporaciones relacionadas sobre todo con el gran complejo industrial militar, el Pentágono y el poder político en Washington.³⁻⁴

³ Formento, Walter y Dierckxsens, Wim (2010) “Capitalismo, Crisis, Acumulación y Trabajo” en *La Crisis Mundial. Trump, BrExit, BRICS, Francisco. Dólar, Bitcoins, Yuan. Continentalismos, Globalismo y Pluriversalismo. Primera Edición*. Editorial Fabro, Buenos Aires.

⁴ La tesis enunciada tienen matices que en miras a la brevedad del presente artículo no fueron desarrolladas. Tal como surge en la obra de Formento y Dierckxsens citada en la nota anterior, en medio de la grieta creada por la lucha y la crisis del enfrentamiento entre el

¿Cuál es la particularidad de esta nueva forma de producción del mundo neoliberal?: la consolidación de “*Capital Financiero Trasnacional*” y su forma de organización en “*la red*”. Ha organizado la producción en un formato diferente, en la cual ha monopolizado el *conocimiento estratégico* y ha tercerizado los procesos productivos y las tareas administrativo contables. El formato que toma es la *monopolización-centralización* del espacio dónde se produce el conocimiento estratégico (gerencias estratégicas) y la *descentralización geográfica* del resto del proceso en unidades productivas que envían las piezas que compondrán el producto final. Las gerencias estratégicas-plataformas de ensamble articulan la fabricación de mercancías, que provienen de unidades proveedoras descentralizadas geográficamente, que envían las piezas que componen el producto final.

Cuando hablamos de conocimiento estratégico nos referimos a la capacidad de este nuevo actor social de realizar un *diagnóstico/concepción/planificación* sobre la forma de organizarse un proceso productivo para llevar adelante negocios y obtener ganancias para las grandes empresas mundiales. *El poder está en la capacidad de conocer qué debo vender (diagnóstico), cómo debo organizar la producción y la venta (concepción de organización) y cómo debo implementarlo (planificación).*

Esta nueva realidad, esta nueva forma de organizar la producción hace entrar en crisis al viejo modelo de producción donde lo central era producir en tal o cual rama (industria, agro, comercio, bancos, etc). *La nueva lógica nos dice que ha surgido un nuevo actor que se desprende de las formas antiguas de producción* y pone el acento en articular los grandes negocios del agro, la industria, la banca, y el comercio, subordinándolos bajo un plan que se concibe y diseña en las llamadas gerencias estratégicas-unidad estratégica de planeamiento. Cuando hablamos

capital financiero global (dominante en lo económico, avanzaba sobre lo político y lo político estratégico) y el capital financiero multinacional continental (que se retrasa en lo económico y puja por no ceder en lo político y en lo político estratégico), en los años 2013 y 2014 insurgieron otros actores estratégicos multipolares pluriversales. Emergencia que termina de explicar la oportunidad en la constitución de un nuevo orden mundial.

del nuevo actor: KFT (*“capital financiero transnacional”*) y su red: estamos hablando de la capacidad de articulación de los grandes negocios de la gran banca, la gran industria, el gran comercio y el gran agro a escala global. *El capital financiero transnacional es la fracción que coordina estos grandes negocios a terreno mundial.*

Por lo tanto un mundo global, un mundo sin fronteras, un mundo globalizado, es una particularidad de esta nueva forma de producción. Rompe con la lógica de los Estados Naciones; escala de producción anterior, a los que debe destruir, porque su formato es *global*.

Esta nueva forma de capital trae consigo una nueva forma de explotación del trabajo a nivel global. Estas ideas, quizás nos resulten familiares bajo las denominaciones de “externalización del trabajador/ra”, tercerización, *outsourcing* o deslocalización globalizada. Relación que pretende – en definitiva - la disminución de costos (mano de obra barata) y el incremento exponencial de ganancias de las mencionadas corporaciones. Esta nueva forma de producción insta una red de trabajadores / proveedores altamente reemplazables y con ello reduce el precio de (re)producción del trabajo a escala global.

¿Por qué decidimos compartir estos conceptos? En primer lugar, por la importancia de incorporar en nuestros análisis y discusiones una visión estratégica que permita identificar de qué manera nuestra realidad nacional tiene un contexto regional y mundial que la define, condiciona y ordena. Por otro lado, para dar cuenta de los conflictos y actores que inciden en los escenarios políticos, económicos, sociales y culturales de todo el mundo. También, porque la historia de la humanidad ha demostrado que con la evolución de las formas empresariales y de los procesos productivos se han dispuesto y/o diseñados nuevas herramientas de trabajo (máquinas), nuevas formas de consumo, nuevas formas de estudio, nuevas formas de vincularnos, nuevas formas de familia, nuevas formas de organización gremial y política. Lo que muchas veces parece natural, casual o inocente, responde a intereses concretos.

En ese sentido, teletrabajo o contrato “hora cero” (tipos adoptados en Gran Bretaña en función de los cuales los/as trabajadores están disponibles para el llamado de sus empleadores en cualquier momento por un salario mínimo), no son ni casuales ni naturales, ni mucho menos un ensayo de “cabotaje” en medio de una crisis sanitaria, sino más bien realidades laborales representativas de nuevas (o no tan nuevas) formas de explotación y relaciones de producción.

Hacer estas relaciones nos permitirá entender a qué responden los fenómenos que se nos presentan; quién se beneficia y cuáles son los problemas que surgen; de qué manera impacta en nuestras formas de organización y qué de esto que se nos “vende” como una opción de avanzada o de prestigio, esconde nuevos mecanismos de flexibilización utilizados en otros países.

Sería un error reducir el teletrabajo en tanto emergente de la “sociedad de la información o de la comunicación”, sin *ubicarlo en el marco de una sociedad que se organiza en función de la acumulación del capital, sus clases y su enfrentamiento*. Como indican Vocos y Martínez (2004) “la configuración actual de la sociedad no responde a determinaciones técnicas sino a intereses y objetivos de las clases dominantes”.⁵

III. El Trabajo como única fuente de valor. Modalidades

El trabajo es, fue y será la única fuente de valor y, por lo tanto, el fundamento cualitativo de la identidad del ser humano. La discusión en torno a la reproducción misma del capital y el dinero por sí solo, niega la discusión original que nos remite a que el trabajo y el trabajador/ra son los únicos con capacidad de producir riquezas.

⁵ Vocos, Federico y Martínez, Oscar A (2004). “Nuevas formas de organización del teletrabajo y movimiento obrero: una visión crítica del teletrabajo” en *Acta Académica*. Disponible en <http://cdsa.aacademica.org/000-045/762.pdf>

El trabajo puede clasificarse de distintas maneras tomando como base la función, la actividad y la condición. En ese sentido, decimos que el trabajador puede ser:

- *Formal o informal*: de acuerdo al tipo de contratación.
- *Calificado, semi calificado o no calificado*: de acuerdo al grado de conocimiento sobre la tarea y complejidades en el proceso (profesionales, técnicos y operarios).
- *De tiempo completo o media jornada*: de acuerdo a su tiempo de trabajo con la tarea.
- *Ocupado, semi ocupado o desocupado*: en relación a su condición con el mercado laboral.
- *De la producción, distribución o realización*: en relación al lugar que ocupa en el proceso productivo.
- *Presencial, semi presencial o virtual*: de acuerdo al tipo de vinculación con el espacio físico (sitio) y modo en que se organiza la relación con el/la empleador/ra.
- *Sindicalizado o no sindicalizado*: de acuerdo a su vinculación con el gremio de su rama.
- *Organizados o no organizados*: en relación al nivel de homogeneidad que tengan con un plan e interés específico.

Esta descripción nos pone de manifiesto que la aparición del “teletrabajo” como tema a discutir está muy relacionada – en la Argentina de hoy - con el ASPO; no debemos, entonces, confundir y mezclar la situación particular producida por una pandemia, con una modalidad de trabajo que tiene su historia y debe analizarse en su especificidad.

IV. “Teletrabajo” como modalidad

Según la OIT se entiende al teletrabajo como “una forma de trabajo que se realiza en un lugar alejado de las oficinas centrales o de las instalaciones de producción, mediante la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación. Un sistema de comunicación que puede ser en tiempo real o diferido, y con

una forma de organización que puede ser individual o colectiva y ser llevada a cabo por trabajadores independientes o asalariados”.

De esta forma podemos afirmar que el teletrabajo no es una profesión, sino una forma de organizar el trabajo aplicable a múltiples profesiones u oficios.

Cómo se dice en el título, concebir al “teletrabajo” como una modalidad y no como “un trabajo” en sí mismo, es central para dar cuenta de:

a) *El “teletrabajo” es una modalidad distinta a las existentes.* Su especificidad tiene que ver con el modo que el/la trabajador/ra se relaciona con el espacio de producción de un determinado producto –mercancía (desaparece la empresa – fábrica), con la participación necesaria de la tecnología y la comunicación, las variaciones en relación al tiempo y en algunos casos del tipo de contratación.

b) *La relación social de producción es la misma, lo que cambia es el modo en el cual se lleva a cabo la producción.* Lo que “es nuevo” es la modalidad en el trabajo y no la existencia de otro tipo de trabajo. Este juego de palabras puede hacernos confundir el fundamento con el modo, lo que provocaría una pérdida de sentido del trabajo como constitutivo de la identidad (dignidad) del ser humano y como única fuente de valor.

La definición de teletrabajo, nos pone por delante (no casualmente) el modo o la relación con el espacio físico y no nuestra condición de trabajadores/ras. Esto puede llevar a identificarnos con la modalidad (nueva forma de organizar el trabajo) y no con el fundamento; el trabajo como factor central en la producción de identificación. Un ejemplo gráfico es decir somos los/as trabajadores/as del ámbito de “la construcción”, “la educación”, “el estado”, “el petróleo”, “la justicia”, etcétera; a decir que somos los/as trabajadores/as de “a distancia”, “de la virtualidad”, somos *teletrabajadores/as*. La modalidad no genera identidad, o nos niega la especificidad constitutiva de

nuestra acción cotidiana, de nuestra actividad. Somos en relación a lo que hacemos todos los días en relación a la producción y no la modalidad en que lo hacemos.

c) *El “teletrabajo” no nos muestra la relación de dependencia del empresario-capitalista con el / la trabajador/ra.*

La imposibilidad de ver el “teletrabajo” como un modo-herramienta en relación a una forma de producción, “despersonaliza” la tecnología. La tecnología es, en definitiva, un artefacto/medio que se relaciona con un lugar, un tiempo y necesidades de una comunidad.

Lo virtual nos oculta la relación social de dependencia que subyace la relación de producción. La modificación del terreno donde se desarrolla la relación: del real (presencial o semi-presencial) al virtual (no presencial), nos quita la posibilidad de ver la relación desigual en la producción.

Es tal la enajenación que nos produce la despersonalización del “teletrabajo”, que nos lleva a ignorar (no preguntarnos) sobre las TICs y quiénes las controlan. Damos por sentado que las herramientas son parte constitutiva del mismo proceso de trabajo y no una producción del trabajo. Esto nos lleva a creer las tecnologías son neutras y no dependen de un proyecto estratégico de poder.

d) *“El teletrabajo ha llegado para quedarse”*: si aceptamos esta oración lisa y llanamente, sin una visión compleja e integral, estamos naturalizando que: el teletrabajo es “algo constitutivo” (constituye al “ser trabajador”); el teletrabajo como algo novedoso y casi indiscutible (se queda); el teletrabajo como “algo que viene de afuera” y que resuelve ciertos problemas para los cuales no tenemos solución; el teletrabajo como un fetiche: se le da entidad, sin decir que es producto del trabajo humano.

El teletrabajo asociado inmediatamente al “aislamiento social preventivo y obligatorio”, hace confundirnos y generar una falsa creencia que hoy (algunos sectores) estamos en teletrabajo. Esta “confusión” nos puede imposibilitar percibir que hoy se “trabaja como se puede desde nuestras casas”.

V. Polifuncionalidad, flexibilización laboral y pérdida definitiva de la identidad del trabajador/ra. Condiciones de trabajo y organización sindical

El desarrollo de las nuevas formas de producción modifica el mundo del trabajo. La dinámica del desarrollo del capital ha ensayado las condiciones para negar al trabajo como única fuente de valor y por lo tanto como factor constitutivo de la identidad de nuestro *ser*. La forma de consolidarse un proceso de negación, debe ser en términos prácticos y teórico-ideológicos.

En términos prácticos este proceso se da a partir de la instalación de la *polifuncionalidad* (un trabajador/ra debe desplegar en múltiples tareas y especialidades) y la *rotación* (un trabajador/ra se ve obligado a cambiar no sólo de tarea sino también de rama o empresa). La construcción de identidad-reconocimiento con su trabajo/empresa/rama cotidiano se ven diluidas. Los altos grados de rotación en la polifuncionalidad muchas veces se nos presentan como la capacidad de desarrollar varias tareas para comprender la integralidad de un proceso. El tema en cuestión, es que la integralidad es incompatible con los procesos de especialización que conlleva esta forma de producción. Lo que significa que el/la trabajador/ra al estar rotando se subordina a cada vez más a singularidades específicas, perdiendo de vista no solo en qué parte de la rama productiva se encuentra, sino también en qué parte de la fabricación del producto. La hiper-especialización y fragmentación del proceso productivo es la antesala del trabajador/ra aislado/da prácticamente.

Es aquí donde la negación debe presentarse en términos ideológicos: al trabajador/ra le queda su identificación como “ser trabajador/ra” en abstracto. El/la trabajador/ra pierde la relación con los/as otros/as trabajadores, la relación de cooperación con su *compañero/ra*. Pierde relación con el/la empleador/ra; queda a disposición para volverse empleado de sí mismo, empresario de sí. Surgen los discursos del “micro emprendedor/ra” como nuevo sujeto, que niega la relación desigual y

dependiente de producción. Pasan a ser considerados/as contratistas independientes en *sociedad* con la empresa contratista, con fines comunes pero – por supuesto – con ganancias muy diferentes. Es decir el/la trabajador deja de reconocerse como tal y empieza a identificarse en la propuesta de esta nueva forma de producción.

La discusión estratégica del “teletrabajo” se inscribe, entonces, en *dos dimensiones*. Por un lado, en la posibilidad de *negar la esencia como trabajador/ra*. Al negarse en su oficio, su rama, su pertenencia con otros/as trabajadores puede identificarse culturalmente con el artefacto (tecnología). El/la trabajador/ra niega, reemplaza su fundamento. Lo constitutivo de su *ser* pasa a ser el artefacto (tele-modalidad), sustituyendo su esencia. Nos encontramos con el riesgo que esta situación conforme una nueva identidad del trabajador distinta a la del trabajador que se siente parte de un colectivo de trabajo al compartir diariamente con otros/as costumbres, hábitos, rutina.

La introducción de las tecnologías y de las comunicaciones permite romper los límites que suponía trabajar en un mismo espacio físico. La desaparición del espacio común, quiebra las instancias de colaboración. Ese quiebre produce la no apropiación de un proceso productivo. El/la trabajador/ra deja de concebirse como eslabón/parte de dicho proceso. Y con ello se desvanece la posibilidad de imaginarse como engranaje necesario en el desarrollo de un proyecto soberano de nación.

En segundo lugar, los nuevos modos de sociabilidad en el proceso y organización del trabajo, ofrecen un escenario de *fragmentación e informalización para el sindicalismo*. En este sentido:

la misma capacidad de reemplazo del capital se ocupa primero de destruir la organización sindical, los partidos políticos y el Estado-práctico-nacional, con el fin de imponerse como hegemónico y después imponer a los/as trabajadores/ras y pequeños/as empresarios/as la misma condición de exclusión. Lo local es fijo y rígido de acuerdo con las necesidades de lo global; mientras

lo global en la doble plataforma de ensamble es móvil, dinámico y flexible. Este capital financiero global crea una situación en todos los países donde las autoridades políticas nacionales/locales administran las políticas globales en lo local o expresan lo nacional/local ante los *CEOs globales*⁶.

El plan es global, lo estratégico es la capacidad de articular ese proceso que acopla lo local con lo global desarticulando, desorganizando, e imposibilitando la estructuración de lo Nacional-Continental desde una mirada soberana.

Las corporaciones tienen un proyecto de trabajo, un proyecto tecnológico, un proyecto educativo, un modelo de salud, un modelo de familia y, también, una forma de “(des) organizarnos” o, mejor dicho, de organizarnos en función de sus intereses. Poder identificar intereses, nos permitirá poder analizar críticamente los nuevos formatos de organización que surjan y tomarlas/adaptarlas/modificarlas en atención al único y más importante de todos nuestros intereses: la dignidad del pueblo trabajador.

La reestructuración del lugar de trabajo no es un tema menor. Es en ese lugar común en dónde el movimiento obrero construye diariamente su base de poder y su fortaleza en ese ámbito es lo que le ha permitido avanzar en materia de derechos.

Circulan a nivel global experiencias de organizaciones transnacionales de trabajadores/ras. Por ejemplo, mediante un encuentro *on line* titulado “Conferencia Digital Global de Trabajadores”, se presentó la Red Transnacional de Trabajadores (RTT); con dicha iniciativa se pretende organizar y conectar organizaciones, sindicatos y trabajadores de plataformas o de sectores que se vean afectados por la irrupción de los gigantes de la tecnología y los procesos de desregulación que permiten el crecimiento de empresas transnacionales a través de la figura de falsos autónomos. Vale recuperar, que en el armado de estas

⁶ Formento, Walter y Dierckxsens, Wim, cit., p. 41.

“redes” abundan discursos críticos de las herramientas tradicionales de organización de los/as trabajadores/ras, imputándole características “corporativas”, “poco flexibles”, “excesivamente verticales”, “con limitaciones para atender las nuevas realidades”; sin muchos argumentos y desconociendo los debates estratégicos que venimos desarrollando. A su vez, parte de estas redes suelen buscar financiamiento de fundaciones o incluso por parte de las mismas empresas; poniendo así en jaque la independencia necesaria de las organizaciones libres del pueblo para atender sus necesidades sectoriales sin condicionamientos de ningún tipo. Sin entrar en detalle ni abrir grandes juicios de valor respecto del ejemplo que traemos, nos parece importante señalar que la configuración de dichos formatos no puede llevarse a cabo a costa de reemplazar, debilitar o dividir a las entidades gremiales existentes. Los/as trabajadores avanzamos a lo largo de la historia gracias a los procesos colectivos, solidarios y organizados. La atomización y aislamiento debe resolverse tomando lo que emerge y, a su vez, fortaleciendo nuestras herramientas de participación. El surgimiento de estos esquemas se asienta sobre problemáticas concretas y necesidades genuinas de la clase trabajadora. Sobre ese punto tenemos que tomar nota y dar una respuesta. Para evitar, de esa forma, que sea el “empresario” quién oriente la forma de organización en función de este tipo de trabajo (fragmentando los colectivos de trabajadores/ras).

VI. Nuestra realidad y las claves para pensar un abordaje posible

En este último acápite, nos gustaría referirnos plantear dos temas. Por un lado – y vinculado a los desafíos de nuestras entidades gremiales - las múltiples *problemáticas gremiales* que surgen tras la instalación de este modo. Los derechos conquistados hasta el momento no pueden verse afectados con la adopción de “nuevas formas”, así como también debemos desarrollar la estructura institucional jurídica que legalice nuevos

derechos. Al respecto cabe destacar algunos de los puntos de la ley sobre “Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo” (Ley 27555, 2020)⁷, aprobada recientemente por el Congreso de la Nación. Mediante esta se modifica la Ley Contrato de Trabajo n° 20774, incorporando bajo el capítulo IV al *teletrabajo como una de las modalidades del contrato de trabajo*.

La iniciativa establece los derechos que tendrán los/as trabajadores/ras y las obligaciones de los/as empresarios/as en esta modalidad de empleo. Se prevé que la ley, una vez promulgada por el Poder Ejecutivo, comience a aplicarse tres meses después de que finalice el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio.

Establece presupuestos mínimos tales como el derecho a la *desconexión digital*, a contar con las capacitaciones correspondientes y a la protección de los datos utilizados y procesados por la persona que trabaja; iguala a estos/as trabajadores en cuenta a derechos y obligaciones laborales, así como en lo que respecta a las modalidades de negociación colectiva y representación sindical a los/as trabajadores presenciales; regula lo referido a la jornada laboral y la especial situación de las personas que tengan a su cargo tareas de cuidado; afirma que la cobertura de los elementos de trabajo (*hardware y software*), quedarán a cargo del empleador/ra; dispone que quién trabaje bajo dicha modalidad tendrá derecho a la compensación por los mayores gastos que tenga en conectividad y/o consumo de servicios; dispone que el traslado de una modalidad a otra será *voluntario* y por escrito y otorga el derecho a la *reversibilidad*. Incorpora el derecho a la intimidad al decir que los sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones de propiedad del empleador deberán contar con participación sindical a fin de salvaguardar la intimidad de la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo y la privacidad de su domicilio.

⁷ Congreso de la Nación Argentina (30 de Julio de 2020). Ley Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo [Ley 27.555 de 2020]

Respecto de la ley aplicable en casos de prestaciones transnacionales, afirma que será la del lugar de ejecución de las tareas o la del domicilio del empleador/ra, según sea más favorable para la persona que trabaja.

Se dispone que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación deberá crear un registro donde se inscriban a las empresas que tienen trabajadores/ras de esa modalidad.

Finalmente, en uno de sus primeros artículos establece que más allá de las disposiciones generales de esta ley, las regulaciones específicas para cada actividad se establecerán mediante la negociación colectiva respetando los principios de orden público consagrados. De esta forma, el encuadre particular seguirá siendo mediante la herramienta de los convenios colectivos.

En segundo lugar, el movimiento de trabajadores/ras debe dar cuenta frente a las nuevas formas de organización de la producción. Atendiendo las demandas que surjan como resultado de estas nuevas relaciones, así como también adaptando sus estructuras a las nuevas realidades del mundo del trabajo. Todo ello, como intentamos explicar, sin perder de vista que dichas variaciones responden a una estrategia empresarial mundial. Hoy en día, la riqueza es fruto del esfuerzo de los/as trabajadores formales, pero también de quienes trabajan en condiciones de informalidad y de aquellos que pertenecen a la llamada economía social de subsistencia. Trabajadores/ras son quienes realizan tareas de manera presencial como quienes las llevan a cabo de manera virtual. Todos/as aquellos que forman parte de una cadena productiva, más allá del país en el cual estén ubicados o de la gerencia a la cual respondan. Estas diferencias en cuanto al tipo de contratación, modalidad, localización, no afecta el elemento identitario que los/as constituye y unifica: ser trabajadores/ras. Nuestras organizaciones sindicales tienen el desafío de vincularse con las organizaciones que surgen en estas realidades laborales, para representar los intereses de estos/as trabajadores efectivamente y evitar – a partir de dicha división – la desarticulación sindical.

Bibliografía

- Ancurio, Matias; Balbo Dante Da Ré, Daniela; Batista, Lautaro; Correa, Francisco; Gauna, Emilio; Gil Boucar, Cynthia; Montagna, Pedro; Muciaccia, Facundo; Rosenfeld, Denise; Speranza, Camila y Valdés, Juan Manuel (2020). “Pasado, presente y futuro en el universo del trabajo. El nuevo desafío en las relaciones del trabajo” en revista *En Marcha. Del Mundo del Trabajo al Mundo de la Deuda*. En línea en: www.upcndigital.org/micrositios/CIPER/ciper2/politics/files/CIPER-En_Marcha_2.pdf
- Da Costa, Helio (2016). “Redes Sindicales de Trabajadores: desafíos globales y locales” en *Revista Nueva Sociedad*. En línea en: <https://nuso.org/articulo/redes-sindicales-de-trabajadores-desafios-globales-y-locales/>
- Díaz, Viviana (2006). “Nuevas formas de organización del trabajo: Teletrabajo” en *Portal de Fundación Caminando Utopías*. En línea en: http://www.caminandoutopias.org.ar/contenidos/notas/argentina/argentina_0058.php
- Dierckxsens, Wim y Formento, Walter (2020). “Coronavirus y Crisis Global. Oportunidad para las naciones y pueblos” en *Portal del CIEPE (Centro de Investigaciones en Política y Economía)*. En línea en: <https://ciepe.com.ar/coronavirus-y-crisis-global-oportunidad-para-las-naciones-y-pueblos/>
- Dierckxsens, Wim y Formento, Walter (2020). “Del Choque al Diálogo de Civilizaciones. De la Globalización a la Perestroika en Estados Unidos” en *Portal del CIEPE (Centro de Investigaciones en Política y Economía)*. En línea en: <https://ciepe.com.ar/del-choque-al-dialogo-de-civilizaciones-de-la-globalizacion-a-la-perestroika-en-estados-unidos/>
- Formento, Walter / Dierckxsens, Wim (2010) “Capitalismo, Crisis, Acumulación y Trabajo” en *La Crisis Mundial. Trump, BrExit, BRICS, Francisco. Dólar, Bitcoins, Yuan. Continentalismos, Globalismo y Pluriversalismo*. Editorial Fabro. Buenos Aires.
- Sforzin, Verónica (2020). “Los sentimientos son de nosotros/as, los datos son ajenos! Acerca del masivo extractivismo de datos en tiempos de cuarentena” en *Revista Identidad Colectiva*. En línea en: <https://identidadcolectiva.com.ar/los-sentimientos-son-de-nosotros-los-datos-son-ajenos/>

- Mariano Unamuno, Mariano y Sabareso, Rubén (2020) “Reflexiones sobre el Teletrabajo. ¿Herramienta provisoria o cambio definitivo?” en *Revista Kranear*. En línea en: <https://kranear.com.ar/2020/05/20/reflexiones-sobre-el-teletrabajo/>
- Vocos, Federico y Martínez, Oscar (2004). “Nuevas formas de organización del teletrabajo y movimiento obrero: una visión crítica del teletrabajo” en *Acta Académica*. En línea en: <http://cdsa.aacademica.org/000-045/762.pdf>

COMENTARIO A JURISPRUDENCIA



S. SALSAMENDI

El aroma de una despedida
el tapiz desecho
la furia de una jauría a medianoche,
la sombra del sauce llorón
que esconde las huellas
del fuego de abril
donde nuestros garabatos
bailaban entre las llamas .

Allí, bajo la costumbre de mentir
y las brasas
te oculté la decadencia de unos ojos
el quebramiento de una voz
arruinados por la rutina minuciosa.

Encontré necesario usurpar las cenizas,
renaciste como un recuerdo fugaz
oculto tras el marco
tapado por el polvo
y la manía de olvidarnos
cada domingo.

Autora: *Maura Del Papa*

Ilustración de portada: *Jeremías Salsamendi*

Vaivenes jurisprudenciales: Fumigaciones en la provincia de Entre Ríos

Jurisprudential fluctuations: Fumigations in the province of Entre Ríos

Vaivéns jurisdicionais: Fumigações na Província de Entre Ríos

Oscillations jurisprudentielles: fumigations dans la province d'Entre Ríos

法学的风风雨雨：恩特雷里奥斯省的熏蒸

Juan Ignacio Moreno¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 419-439

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e429>

Recibido: 16/05/2020

Aprobado: 01/08/2020

Resumen: En la provincia de Entre Ríos se desarrolla un modelo de agricultura industrial que trajo como consecuencias una afectación sobre la salud de niños y docentes de escuelas rurales. Ante un planteo ecológico resulta trascendental que el mismo sea social ya que incide sobre todas las personas. Mediante un análisis de la legislación entrerriana y la causa judicial “Foro Ecologista contra Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos” (2018-2020) se apreciará la postura mercantilista del agronegocio y el reclamo de los pueblos fumigados que buscan vivir dignamente.

¹ Abogado (UNLP). Maestrando en Derechos Humanos (UNLP). Colaborador en la materia Derecho Agrario Cátedra 3 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Investigador (FCJyS-UNLP). Contacto: ignacio_moreno@live.com.ar (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9516-3456>).

Palabras claves: fumigación, agronegocio, foro ecologista, Entre Ríos.

Abstract: In the Entre Ríos province, an industrial agriculture model is being developed that has had consequences for the health of children and teachers in rural schools. Faced with an ecological approach, it is transcendental that it is social because it affects all people. Through an analysis of Entre Ríos legislation and the judicial case "Ecological Forum against Superior Government of the Province of Entre Ríos" (2018-2020), the mercantile stance of agribusiness and the claim of fumigated peoples seeking to live with dignity will be appreciated.

Keywords: fumigation, agribusiness, ecological forum, Entre Ríos.

Resumo: Na província de Entre Ríos desenvolve-se um modelo agrícola industrial que trouxe como conseqüências uma afetação para a saúde das crianças e professores das escolas rurais. Frente numa proposta ecológica é importante que seja social, pois afecta todas as pessoas. Através da análise da legislação de Entre Ríos e do processo judicial "Foro Ecologista contra Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos" (2018-2020) mostrará a posição mercantilista do agronegócio e as exigências dos povos fumigados que procuram viver com dignidade.

Palavras-chave: Fumigação, agronegócio, fórum ambiental, Entre Ríos.

Résumé: Dans la province d'Entre Ríos, un modèle d'agriculture industrielle est en cours d'élaboration qui a affecté la santé des enfants et des enseignants des écoles rurales. Face à une démarche écologique, il est transcendantal qu'elle soit sociale puisqu'elle touche tout le monde. Grâce à une analyse de la législation d'Entre Ríos et de l'affaire judiciaire "Forum écologiste contre le gouvernement supérieur de la province d'Entre Ríos (2018-2020)". La position mercantile de l'agro-industrie et la revendication des peuples fumigés qui cherchent à vivre dignement seront appréciées.

Mot-clés: fumigation, agro-industrie, forum environnemental, Entre Ríos.

摘要: 在恩特雷里奥斯省，正在开发一种模式农业，这种模式已经影响了农村学校儿童和教师的健康。面对生态方法它是社会的，因为它影响到所有人，这是超验的。通过对恩特雷里奥斯的立法和司法案件“反对恩特雷里奥斯省上级政府的生态学家论坛(2018-2020

年)进行分析将赞赏农业综合企业的商业立场以及寻求有尊严生活的熏蒸人民的主张

关键词: 熏蒸, 农业综合企业, 环境论坛, Entre Ríos (河流之间)

I. Introducción

En el presente trabajo se desarrollarán las consecuencias de las fumigaciones terrestres y aéreas en la provincia de Entre Ríos desde su legislación y jurisprudencia.

Inicialmente es procedente comprender el contexto de la agricultura argentina para llegar a los reclamos judiciales respecto a las consecuencias, provocadas por las fumigaciones, sobre la salud humana y al ambiente.

La extensión territorial y fertilidad de los suelos rurales argentinos conllevan un necesario análisis sobre las prácticas agrícolas. En cuanto a las condiciones agroecológicas, como tecnología en la faz productiva, la Argentina es uno de los cuatro lugares más aptos para ampliar su oferta en la producción de alimentos (Agroindustria, 2017, pág.1). Pensar una actividad agrícola sustentada en insumos químicos resulta contraproducente hacia los recursos naturales como a su vez en el alimento final. En este sentido la necesidad por obtener divisas, a través de las agroexportaciones, genera un ámbito propicio para la agricultura industrial basada en un paquete tecnológico.

Dentro de este contexto es dable analizar las palabras esbozadas por el vicepresidente de la Federación Agraria ante la resolución del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos sobre áreas de fumigación: “Es mucho más fácil reubicar las escuelas que cambiar el modo de producción”².

En el marco de estas palabras se entrecruzan distintos intereses y consecuencias del modelo agroexportador. Una de las

² Nota del medio *Página 12* del día 21/05/2019 bajo el título “Entre Ríos: insólita defensa de los agrotóxicos” <https://www.pagina12.com.ar/195153-entre-rios-insolita-defensa-de-los-agrotoxicos>

consecuencias es el desarraigo de las zonas rurales, es decir, un campo sin gente. Tras datos arrojados por el último Censo Nacional Agropecuario, realizado por el INDEC, se ha reflejado una merma en la población rural donde durante el período 2002-2018 se perdió el 25,5% de explotaciones agropecuarias. Esto infiere que el modelo del agronegocio ha avanzado sobre las pequeñas explotaciones agropecuarias implicando que los productores se conviertan en arrendadores de las tierras que hasta hace poco trabajaban.

Mediante el censo se exhibió una concentración en las explotaciones agropecuarias donde se visibiliza un campo empresarial que excluye a los verdaderos agricultores que trabajan la tierra. De esta manera se genera una ampliación entre la brecha del campo empresarial respecto a los pequeños y medianos productores que integran la agricultura familiar.

Estos datos visibilizaron la consolidación de latifundios a lo largo de toda la Argentina donde grandes extensiones de tierras quedan distribuidas entre pocos propietarios. Este modelo de campo, con una economía a gran escala, ha incorporado una política de expulsión de los pequeños agricultores en su territorio. Es fiel al pensamiento del agronegocio esta mirada de cerrar escuelas rurales para continuar con una agricultura intensiva.

Esta situación actual se ha trazado a través de un sistema productivo de agricultura industrial y pools de siembra para brindar respuestas inmediatas a las necesidades del país.

Este sistema de producción ocasionó un cambio de paradigma en la agricultura argentina. Se incrementó la aplicación de insumos químicos como agroquímicos, fertilizantes, semillas genéticamente modificadas que brindaron efectividad. Esto ha generado una pérdida de autonomía como de identidad para los productores que pasan a depender de un pequeño grupo de empresas proveedoras de semillas (Giarraca y Teubal, 2006, pág.79). Además, dicha efectividad económica encubre la contaminación sobre los suelos y el agua derivando en una vulneración de la salud y la vida humana.

A partir de este sistema de agricultura industrial se orientó la producción de alimentos hacia ciertos cultivos con mayor demanda en el mercado internacional. Uno de los casos más notables se ha suscitado con la soja. Las oleaginosas, en nuestro país, comprenden sobre la superficie plantada unos 14 millones de hectáreas³ superando a las cerealeras que comprenden unos 11 millones de hectáreas plantadas. Dentro de las oleaginosas la soja representa el 88,5%⁴ mientras que el girasol ocupa 7,9% sobre superficie implantada. Estos números se reflejan en el comercio internacional de la Argentina donde la exportación de la soja y sus derivados (como porotos, harina y aceite de soja) han acumulado en el año 2019 16 mil millones de dólares⁵ marcando un incremento respecto al año 2018 que recaudó unos 15 mil millones de dólares⁶.

En el aspecto internacional la Argentina se encuentra beneficiada ante la oportunidad de una ganancia constante sobre el monocultivo de la soja. Dicho cultivo es producido, en mayor medida, por la Argentina, Brasil y Estados Unidos. La Argentina solamente consume el 10% de la producción de soja y el resto se exporta a diferencia de Brasil o Estados Unidos que consumen la mitad en la producción de esta oleaginosa (Burgos, 2016, pág.33). El principal destinatario de la soja es China, un país que diversifica su producción en aquellas actividades que requieren de una mayor mano de obra garantizando un arraigo

³ Datos del INDEC del Censo Nacional Agropecuario, períodos 1 de julio 2017 al 30 de junio 2018, sobre Superficie implantada por tipo de cultivo en hectáreas. Total de país. <https://www.indec.gov.ar/indec/web/Institucional-Indec-Multimedia-1>

⁴ Datos del INDEC del Censo Nacional Agropecuario, períodos 1 de julio 2017 al 30 de junio 2018, sobre Agricultura superficie implantada de oleaginosas en primera y segunda ocupación. Total de país. <https://www.indec.gov.ar/indec/web/Institucional-Indec-Multimedia-1>

⁵ Informes Técnicos vol.4 n° 13, Comercio Exterior vol.4 n° 1, Cifras Estimadas de 2019. Publicado en enero 2020. https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/ica_01_20B13D104EBD.pdf

⁶ Datos del INDEC en Informes Técnicos vol.3 n° 38, Comercio Exterior vol.3 n° 4 sobre “Complejos Exportadores” (2018) publicado en marzo de 2019. https://sitioanterior.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/complejos_03_19.pdf

rural de los agricultores. A diferencia de la soja que requiere una menor cantidad de mano de obra en virtud de lo cual China sustenta su consumo de soja mediante importaciones.

En la provincia de Entre Ríos se desarrolla este modelo de agricultura industrial con el cultivo de la soja. La provincia del litoral argentino produce unos 3,9 millones de toneladas de soja para la provincia⁷ sobre una superficie de 2 millones de hectáreas de su territorio. Convirtiéndose en una de las provincias que mayor aporte realiza para la exportación de este cultivo. Por ende, se genera una dependencia económica y productiva sobre un monocultivo que queda supeditado a los intereses de China.

El modelo agroexportador trae aparejado problemáticas sociales y ambientales que se ven sesgadas por el ingreso inmediato de divisas internacionales ante las necesidades económicas del país. Además, comprende una nueva forma de concebir a la agricultura donde la importancia productiva ya no recae en proveer alimentos sino en producir mercancías de acuerdo con la demanda internacional (Gudynas, 2010, pág. 41).

A continuación, se tratará el marco regulatorio sobre las fumigaciones aéreas y terrestres y como ha sido modificada en un beneficio empresarial ignorando las consecuencias de esta agricultura industrial.

II. Legislación provincial

Para dimensionar las consecuencias de los agroquímicos es primordial abordar su marco legal. En este punto se analizará la legislación más destacada sobre las distintas formas de aplicación (terrestre y aérea) de los agroquímicos y como la exigua limitación termina afectando derechos humanos.

Una de las primeras normativas para mencionar consiste en la Ley de Plaguicidas n° 6599 que tiene por objeto el expendio, aplicación, transporte y almacenamiento de plaguicidas.

⁷ Datos de la página del gobierno de Entre Ríos. Disponibles en: <https://www.entrerios.gov.ar/portal/index.php?codigo=32&codsubmenu=72&menu=menu&modulo=>

La Subsecretaría de Asuntos Agrarios, en particular la Dirección General de Desarrollo Agrícola y Recursos Naturales, es el órgano de aplicación de la ley quien se encarga de llevar un Registro de Expendedores y Aplicadores (al igual que en la legislación de la Provincia de Buenos Aires los aplicadores deben contar con el asesoramiento de un Ingeniero Agrónomo).

El Registro de Expendedores y Aplicadores cuenta con una inscripción online en la página del gobierno provincial y requiere previamente estar registrado en el Sistema de Gestión de Recetas Agronómicas Online (en este sistema de recetas agronómicas se determina el lote para su utilización y los lotes lindantes para tener una precisión geográfica de la actividad). Mediante este sistema la Dirección de Agricultura puede constatar la documentación requerida para la inscripción y evitar errores en declaraciones juradas como ante la falta de credenciales.

En base a esta normativa, la Dirección General de Desarrollo Agrícola se encargará de publicar anualmente los biocidas inscriptos con su grado de toxicidad.

Respecto al almacenamiento de los agroquímicos, se determina que su ubicación geográfica debe encontrarse alejada de concentraciones de personas. Sobre el transporte, de estos insumos químicos, se exige un traslado que evite el riesgo de la contaminación. También se establecen multas ante la violación de esta normativa.

Cabe destacar la importancia de su art. 8 frente a reglamentaciones que sucedieron a esta ley. Dicho artículo establece que los aplicadores, por vía aérea o terrestre, deberán tomar precauciones para evitar ocasionar daños a terceros.

Para aplicar esta ley, la provincia cuenta con una Nómina de Empresas Expendedoras y Aplicadoras de estos agroquímicos. Esta nómina detalla el tipo de equipo utilizado en las fumigaciones y datos relevantes como el nombre de la empresa, su CUIT, localidad y el asesor a cargo de este ejercicio acompañado de una columna que exhibe si se encuentra habilitado.

Un último aspecto para tener en consideración, especialmente en la lectura de los fallos, es que el decreto reglamentario 279/03, de la ley de plaguicidas, en su art.12 prohíbe la fumigación aérea a unos 3000 metros del ejido urbano.

III. Un retroceso legal

El día 2 de enero del 2019 se puso en vigencia el Decreto 4407/18, en el marco de la ley de plaguicidas n° 6599 y Decreto Reglamentario n° 279/03, con el fin de regular los límites a la aplicación de agroquímicos en el territorio de la provincia de Entre Ríos. En dicha normativa se estableció la prohibición de fumigaciones terrestres a tan solo 100 metros de escuelas rurales. Para las aplicaciones aéreas se estableció un límite de 500 metros de los establecimientos educativos. Ambas disposiciones resultan ultrajantes hacia los principios precautorio y preventivo de la ley 25675 considerando los efectos de la deriva al momento de fumigarse⁸.

La irresponsabilidad de este decreto invisibiliza el efecto silencioso que se materializa a través en la contaminación de los agroquímicos. Por eso es preciso comprender el efecto de la deriva en las fumigaciones aéreas. La deriva es entendida como aquel desplazamiento del contenido químico de los agroquímicos fuera del punto establecido por masas de aire o falta de adherencia (Tomasoni, 2013, pág.1). Por ende, las consecuencias de estas partículas pueden provocar daños sobre las cuencas de agua, la biodiversidad y la vida de los pobladores. Por dicho motivo las normativas establecen que las fumigaciones se realicen bajo ciertas condiciones climáticas para evitar los vientos, la humedad y determinadas temperaturas que inciden en los efectos de la deriva.

⁸ Las fumigaciones pueden presentar sus consecuencias a través del tiempo. El caso más explícito es el efecto de la deriva en las fumigaciones aéreas que generan desplazamiento del contenido de los agroquímicos fuera del aérea a fumar y que trae como consecuencia su vuelco sobre cuencas de agua y viviendas.

A su vez, es preciso apreciar los efectos fisicoquímicos en la deriva del producto aplicado. En el trabajo *“No hay fumigación controlable, generación de derivas de plaguicidas”* del Ing. Químico Marcos Tomasoni, se explica las consecuencias de estos efectos como el tamaño de la gota donde a menor diámetro la gota permanecerá más tiempo en el aire con mayor superficie de evaporación mientras que una gota de mayor diámetro genera una caída más rápida con mayor rebote sobre la hoja generando un escurrimiento. Otro efecto que se menciona en este trabajo es la evaporación de la gota, es decir, cuando se convierte a la fase gaseosa antes de llegar al punto exacto de aplicación ocasionando una contaminación atmosférica. Por último, se detalla los efectos tecnológicos respecto a las técnicas de aplicación como la calibración de equipos aplicadores, alturas y presión de dispersión y velocidad de la máquina.

Volviendo al marco legislativo, el 1 de agosto de 2019 se derogó el decreto 4407/18 tras reclamos judiciales que luego se abordarán en el siguiente capítulo. En cuanto al nuevo decreto 2239⁹, que reglamentaba la ley de plaguicidas provincial, dispuso una zona de exclusión de 100 metros para aplicaciones terrestres y 500 metros para fumigaciones aéreas sobre escuelas rurales. También se determinó un área de restricción donde se prohibía la aplicación terrestre de agroquímicos I y II en el radio de 500 metros, aunque podrían realizarse fumigaciones con los agroquímicos de clase III y IV (este último incluye al glifosato). Y se prohibía la fumigación aérea en una zona de restricción de 3000 metros desde el límite de 500 metros para los agroquímicos con toxicidad de I y II pero si podría fumigarse con los de clase III y IV.

Además, se dispuso la aplicación de Buenas Prácticas Fitosanitarias y la Guía de Uso Responsable de Agroquímicos fuera del horario escolar y fines de semana. Realmente estas buenas prácticas carecen de efectividad ya que fijan límites irrisorios para

⁹ Decreto 2239 disponible en: <https://www.entrerios.gov.ar/boletin/calendario/Boletin/2019/Agosto/05-08-19.pdf>

la aplicación de agroquímicos exponiendo, en este caso, a niños y docentes a una afectación sobre su salud. Quedó suficientemente detallado las consecuencias de las fumigaciones como el efecto de la deriva y se le adhiere la complejidad del glifosato sabiendo de su impacto negativo sobre la salud humana.

IV. Marchas y contramarchas judiciales

Las fumigaciones acaecidas en la provincia de Entre Ríos atravesaron distintas resoluciones del poder judicial provincial. Se presentaron reclamos judiciales ante la vulneración de derechos humanos y en tan solo dos años el Superior Tribunal de Entre Ríos (STJ) se expidió en cinco ocasiones.

A continuación, se analizarán las distintas posturas que sostuvo el Superior Tribunal de Entre Ríos en la causa del “Foro Ecologista de Paraná contra el Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos”.

1) *“FORO ECOLOGISTA DE PARANA y OTRA C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS y OTRO S/ ACCION DE AMPARO” (Causa N° 23709)*

El día 29 de octubre de 2018 la sala de Procedimientos Constitucionales y Penales del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, se expidió ante la causa n° 23709 cuyas partes eran el Foro Ecologista de Paraná contra el Gobierno de la provincia de Entre Ríos respecto a los límites de fumigaciones en zonas de escuelas rurales.

Previamente el Foro había presentado una acción de amparo frente a las consecuencias negativas de las fumigaciones sobre las escuelas rurales.

Luego la Cámara Segunda Civil y Comercial dispuso una valiosa respuesta al establecer un límite de protección de 1000 metros para fumigaciones terrestres y 3000 metros para fumigaciones aéreas en zonas lindantes a escuelas rurales. Mediante esta prohibición se exhortaba al Estado provincial para que realizara estudios que determinaran pautas para un uso racional de

los agroquímicos. También se le requería una evaluación de la contaminación para identificar medidas a adoptarse. Finalmente, condenaba al Estado Provincial y al Consejo General de Educación para que implementaran, en el plazo de dos años, barreras vegetales a una distancia de 150 metros de las escuelas rurales de la provincia y suspendía, de inmediato, la aplicación de agroquímicos en campos aledaños a escuelas rurales en horario de clases (solamente se podía fumigar en horarios de contra turno y/o fines de semana).

Ante este pronunciamiento, el Consejo General de Educación y el Superior Gobierno de Entre Ríos apeló ante el Superior Tribunal de Justicia. El Consejo argumentaba que la sentencia afectaba el principio de congruencia por suspender fumigaciones en horario de clases ya que ello no integraba la pretensión de la parte actora y que como Consejo no tenían competencia sobre este tema.

Mientras que la Fiscalía de Estado de la Provincia fundamentó la apelación en el peligro que esta sentencia ocasionaría al sistema productivo entrerriano y tildando de arbitraria esta disposición judicial y que además se había generalizado sobre el peligro de toxicidad del efecto de las derivas. También la Fiscalía entendía que no existían pruebas acerca del daño al ambiente y la salud para tomar esta medida de urgencia en base al principio precautorio.

Cabe analizar los argumentos de la parte demanda para notar su falta de veracidad. En primer lugar, resulta contradictorio el posicionamiento del Consejo General de Educación que se esgrime en un limitante de competencia, pero opina respecto a una falta de congruencia al suspender fumigaciones sobre escuelas rurales cuando su verdadero rol tendría que consistir en velar por el interés superior de los niños y de los docentes que asisten a estas escuelas. La estructura estatal es coherente con la postura del agronegocio imperante sin importarles los daños que estos insumos químicos generan. En segundo lugar, se aprecia una irresponsabilidad de la Fiscalía de Estado al minimizar los efectos que resultan de las derivas que fueron expuestos en el capítulo anterior. La misma Fiscalía con este criterio había planteado que existía un daño individual cuando

claramente el daño ambiental afecta de manera integral los recursos naturales como cuencas de agua ampliando el daño de una forma colectiva.

La parte actora había presentado la prueba correspondiente, en el amparo, donde se solicitaba la franja de 1000 metros libres de agroquímicos y 3000 metros en fumigaciones aéreas. También se requería un sistema de vigilancia epidemiológica sobre los niños, niñas y adolescentes como personal docente y no docente a través de análisis de sangre, orina y genéticos de los menores. Por último, se pedía análisis sobre el agua de lluvia y agua utilizada para el consumo de los alumnos ante el riesgo que implicaba sobre el ambiente y la salud de los menores.

Tras este camino judicial la STJ de Entre Ríos planteó la necesidad de tener una visión crítica en estos derechos a un ambiente sano y equilibrado. Destacaron el decreto reglamentario 279 que establece una prohibición de fumigaciones aéreas en el radio de 3km. sobre la planta urbana.

En aquel entonces no se contaba con una normativa que regulara la utilización de agroquímicos en zonas linderas a escuelas rurales. El STJ destacó que existía una protección para los galpones avícolas ante fumigaciones mientras que los niños y docentes de establecimientos educativos rurales carecían de una protección ante estas situaciones. Por lo tanto, el fallo resultó ejemplificador y buscó suplir esta laguna legislativa y brindar una protección sobre un bien jurídico resonante como es la salud de los niños y docentes de estos establecimientos.

Mediante esta sentencia se instó al Poder Legislativo provincial para que reglamentase esta actividad en zonas de escuelas rurales. El STJ reconoció la trascendencia de esta problemática y la necesidad de un rol activo en esta materia de incidencia colectiva. También se expresó que el ambiente es un bien que forma parte de la sociedad¹⁰.

¹⁰ Esta noción sobre el ambiente fue abordada por la CSJN, en el año 2008, en la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”.

Se resaltó que la acción de amparo era la vía idónea para el reclamo de cese de una actividad que genera un daño ambiental como lo profesa el art.30 de la ley 25675. También la Constitución de la provincia de Entre Ríos, en su art.56, recepta el amparo para la protección ambiental ante la existencia de un riesgo con cierto grado de verosimilitud. Y en este sentido quedó acreditado la peligrosidad de las fumigaciones para la salud en consonancia con el principio precautorio normado en la ley 25675 ya que no se pudo probar la inocuidad de estos productos químicos para la salud humana.

También, la STJ expresó que el bien ambiental es limitado cuyo consumo puede resultar irreparable que ocasiona una disminución de la calidad de los seres humanos. Por otro lado, el tribunal no hizo lugar al reclamo de suspender de inmediato la aplicación de agroquímicos ateniéndose al principio de congruencia y cuya protección del bien jurídico de la salud ya se encontraba protegido con los límites de fumigaciones.

2) *“FORO ECOLOGISTA DE PARANÁ (2), Y OTRO C/SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS S/ACCIÓN DE AMPARO” (Causa N° 24024)*

En mayo de 2019, el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos (STJER) se expidió nuevamente sobre los límites a fumigaciones

Este caso tuvo su origen en una acción de nulidad solicitada por la ONG Foro Ecologista de Paraná (FEP) y la Asociación Gremial del Magisterio de Entre Ríos (AGMER) frente al decreto provincial n° 4407/18 que fijaba escasas distancias de fumigaciones respecto a escuelas rurales. La parte actora había planteado una medida cautelar con el fin de suspender los efectos del decreto. La normativa violaba las exigencias a la provincia y las distancias para fumigaciones sentadas en el caso “Foro Ecologista 1”.

Los actores sostuvieron que el decreto era nulo y el Estado Provincial no contaba con estudios objetivos, de rigor científico, para determinar medidas de protección frente a la exposición de

agroquímicos. Quedó en evidencia la falta de medida y responsabilidad del gobierno provincial ya que justificó esta normativa con recomendaciones interministeriales donde se reconocía la toxicidad y daño de los agroquímicos sobre la salud.

Mediante este decreto provincial, el Poder Ejecutivo actuó de manera regresiva ante el requerimiento judicial. Cabe destacar que el Ministerio de Salud de la Provincia y la Secretaría de Ambiente, en consonancia con el gobernador Gustavo Bordet, consideraron idóneas las distancias de fumigación.

Finalmente, en segunda instancia se determinó la nulidad del decreto. Por esta razón el gobierno provincial recurrió ante la STJ argumentando la errónea interposición del amparo por parte de los actores.

El máximo tribunal entrerriano desestimó este planteo y expuso que los derechos de los niños gozan de una protección especial por convenciones internacionales y leyes nacionales. Dicho marco legal exige a los Estados garantizar el interés superior del niño y ante la omisión estatal habilitar vías expeditas y eficaces como la acción del amparo.

Respecto a la acción de amparo ambiental, interpuesta por la parte actora, se asienta en el art.62 de la Ley de Procedimientos Constitucionales n° 8369 que, ante la restricción, alteración o amenaza de intereses colectivos esta es la vía para reclamar la preservación, protección y conservación del ambiente. Esta norma garantiza la tutela de la salud pública.

Además, se destacó que la sentencia de “Foro Ecologista 1” había pasado por autoridad de cosa juzgada, donde se determinaba la prohibición de fumigación a 1000 metros y 3000 metros a escuelas rurales hasta que se establecieran medidas preventivas por el Estado Provincial. A pesar de esto, se debía revisar la legalidad de este decreto que tuvo su origen en la exigencia de cumplimiento por el fallo precedente. De esta manera, se entendió que el fallo “Foro Ecologista 1” tenía aplicación sobre este nuevo caso estableciendo un piso de derechos que obligaba al Estado a garantizar la salud.

Mediante el decreto n° 4407/18 no se pudo acreditar la inoquidad al aplicar agroquímicos entre las distancias de 100 metros y 500 metros alrededor de escuelas rurales. También se ignoró la barrera vegetal de 150 metros que había solicitado el STJER.

Finalmente, el STJER dispuso la nulidad de los artículos 1 y 2 del decreto 4407/18 dejando firme las distancias de 1000 metros para fumigaciones terrestres y 3000 metros para fumigaciones aéreas en zonas aledañas a escuelas rurales.

3) “FORO ECOLOGISTA DE PARANA Y OTRO C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS S/ ACCION DE AMPARO” (Causa N° 9850)

El 26/09/2019 la STJER volvió a ser consultado, en este caso, por la legalidad del decreto 2239/19. La parte actora manifestaba que el decreto vulneraba la cosa juzgada sobre los límites a las fumigaciones y era una normativa de carácter regresivo para la protección a la salud y al ambiente. Solicitaban que se realizaran análisis sobre el agua de lluvia y la utilizada para consumo por los niños ya que casi la totalidad de escuelas rurales no poseen agua potable y sus napas se encuentran expuestas a las fumigaciones. También solicitaban una línea de 1000 metros libres de agroquímicos y que se tomara como referencia la prohibición de las fumigaciones aéreas a 3000 metros del ejido urbano (Decreto 279, 2003, art.12) para aplicarlo en las escuelas rurales.

Se vuelve a reconocer la viabilidad de la acción de amparo interpuesta por la parte actora ya que ante una duda razonable sobre la peligrosidad de una actividad que atañe a la población se deberá admitir la petición del cese de actividad de acuerdo con el principio precautorio de la Ley General del Ambiente.

Respecto a la prueba se entendió que se había incumplido con lo dictado en “Foro 1” ya que no se tomaron medidas para prevenir los efectos nocivos de las fumigaciones sobre la salud de los niños y docentes. Los informes dieron cuenta de la peligrosidad de esta actividad agrícola y que las escasas distancias para fumigarse resultaban insuficientes y vulneraban los Derechos Humanos amparados por los fallos precedentes.

Finalmente, el STJER resolvió la nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad de los arts. 2, 3 y 4 del decreto 2239/19 y de las normas que en el mismo impliquen reglamentación o aplicación de estos artículos.

4) *“FORO ECOLOGISTA DE PARANA (3) Y OTRO C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS S/ ACCION DE AMPARO” (Causa N° 24321)*

Tras las resoluciones en las causas “Foro 1” y “Foro 2”, el 28/10/2019 se presentó un cambio de postura por parte del STJER.

En este caso se realizó un resumen desde la causa madre de “Foro 1” con todo el recorrido judicial que conllevó. Recordando que la Sala N° 1 de este máximo tribunal provincial en la causa “Foro 2” había ratificado la cosa juzgada en “Foro 1” sobre las distancias establecidas para fumigarse.

Se entendió que el efecto de cosa juzgada de “Foro 1” carecía de efecto expansivo a otras causas ya que contenía disposiciones de carácter transitorio como la prohibición de fumigaciones hasta que se determinara otras medidas preventivas. Sobre estas disposiciones el gobierno provincial, en el plazo de 2 años, promulgó el decreto n° 4407/18 para regular estas fumigaciones siendo el mismo impugnado en “Foro 2”.

Según el criterio de la STJER el caso “Foro 1” ya no poseía la naturaleza de cosa juzgada comprendida en la ley general de ambiente (Ley 25675, 2002, art.33) ante las pruebas de daño ambiental emitidas por organismos públicos.

El Superior Tribunal planteó que faltan reglas procesales en material ambiental para la ejecución de las sentencias y otros actos procesales. Por la magnitud y la trascendencia de la materia ambiental, involucrando derechos colectivos que atañen a toda la sociedad, resulta necesario considerar formas de ejecutar las sentencias de manera eficiente, como sugiere la STJER, para evitar continuar con contiendas judiciales inacabables.

También habían quedado firme las barreras vegetales de 150 metros establecidas en “Foro 1” tras un rechazo a un recurso

extraordinario federal presentado por el Estado Provincial, circunstancia que no fue considerada en el art.2 del decreto n° 2239/19 ya que esta normativa disponía una distancia de 100 y 500 metros para determinar la zona de exclusión.

Consideraron que el decreto n° 2239/19 había contemplado recomendaciones y estudios sobre las consecuencias de las fumigaciones con medidas que regulaban la aplicación de los agroquímicos.

Algunas de estas medidas fueron la presencia de un ingeniero agrónomo para aplicar los químicos en contra turno, fines de semana y feriados, establecer alarmas pulverizadoras, disponer de un programa de salud para agricultores y habitantes rurales y en particular con un Registro Provincial de Tumores. También se contaba con unidades centinelas conformadas por profesionales y funcionarios especializados y un control on line de información geo referencial para verificar la trazabilidad de los productos.

En este punto la nueva normativa ampliaba el control sobre las fumigaciones, pero las distancias eran sumamente escasas sobre las escuelas rurales dejando latente la afectación a la salud del alumnado y cuerpo docente.

Otro aspecto para destacar son las concepciones que manifestó el STJER sobre los principios ambientales y el decreto. Al analizar los principios de la ley general del ambiente expresan que este decreto es adecuado sobre el principio de sustentabilidad para garantizar el desarrollo económico sin afectar generaciones futuras cuando la agricultura industrial impacta negativamente sobre el ambiente por la toxicidad de estos químicos. Un modelo acorde al principio de sustentabilidad es la agroecología que produce los mismos alimentos que la agricultura industrial sin afectar al ambiente ni a la salud de las personas.

Tampoco se cumple con el principio de progresividad porque el decreto reduce la distancia mínima para fumar de 150 metros a 100 metros. Este principio debe contemplar límites a

derechos individuales de una manera gradual para proteger el ambiente (Esain, 2007, pág.11-23) cuando este poder de policía se redujo en 50 metros.

También se analiza de manera errónea el principio de congruencia ya que el decreto 4407/19 es contrario al art.22 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos que garantiza un ambiente sano. Por ende, el principio de congruencia plantea que las provincias deben adecuarse a lo dispuesto por la Ley General del Ambiente y pueden complementar, legislativamente, esta protección ambiental (Villafañe, 2017, pág.154).

Finalmente, la STJER rechazó parcialmente la apelación por el Estado provincial sobre la nulidad del art.2 del Decreto n° 2239/19 solamente relacionado a la distancia de la zona de exclusión que deberá ser medida a partir de una barrera vegetal. Revocó el pronunciamiento en revisión rechazando el amparo del Foro dejando en vigencia el decreto. Y condenó al Estado Provincial para que subsanara el art.2 del decreto mientras que exhortó al poder legislativo provincial para que dicte una ley sobre la aplicación de agroquímicos.

5) *“FORO ECOLOGISTA DE PARANA (3) Y OTRO C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS S/ ACCION DE AMPARO”(Causa N° 24321)*

Tras la resolución dictada por el Superior Tribunal, las accionantes interpusieron un recurso extraordinario federal en miras de llevar el caso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Las actoras fundaron la viabilidad del recurso ya que se deducía contra una sentencia definitiva y la cuestión federal había sido planteada desde inicio del proceso. Plantearon la arbitrariedad del pronunciamiento al omitir prueba decisiva para el proceso vulnerando el principio de cosa juzgada y el de no regresión convalidando una medida que afectaba la salud de niños y docentes.

Es oportuno destacar que de acuerdo con el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el tribunal de la causa es el competente para dirimir la admisibilidad o no

de este recurso extraordinario mediante la verificación de los requisitos necesarios para su interposición.

El día 7 de febrero de 2020 la STJER, con sus miembros, rechazó el recurso extraordinario federal interpuesto por el Foro Ecologista porque carecía del requisito de sostener la cuestión federal durante todo el proceso judicial más allá que las actoras lo hayan planteado en la etapa inicial del proceso a través de la demanda. También expuso que el presente recurso no comprende el tratamiento de hechos y pruebas como habían ponderado las actoras y que la fundamentación de la sentencia recurrida era acorde a normas de derecho público local.

V. Conclusiones

A través de este trabajo se ha abordado las consecuencias de los agroquímicos en la provincia de Entre Ríos mediante las distintas normativas que tuvieron como objetivo regular esta problemática. Se analizó la evolución jurisprudencial sobre los casos de “Foro Ecologista” entre avances y retrocesos.

En este final es interesante hablar sobre algunas cuestiones tratadas en los párrafos precedentes como la dificultad que se presenta en la ejecución de sentencias ambientales.

A través de una sentencia se materializa la respuesta de los jueces hacia el derecho que los ciudadanos reclaman para garantizar el acceso a la justicia de todas las personas (Catalano, 2017, pág.75).

En el caso de los procesos colectivos, por sus particularidades, precisan de elementos efectivos que permitan la ejecución de las sentencias. Para evitar que un derecho quede en expectativa en la materia ambiental, el juez puede disponer de medidas cautelares de oficio para proteger el interés general y en las sentencias, en base a la sana crítica, podrá extender el fallo a cuestiones no sometidas expresamente por las partes (Ley 25675, 2002, art.32).

Al momento de dirimir estos problemas socioambientales que afectan al ambiente y a las personas que lo habitan es

dable entender al ambiente como la casa común de todos los seres humanos. En la encíclica “Laudato si’” el Papa Francisco recae sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el vínculo entre los individuos y el ambiente, es decir, pasar del mero explotador y consumidor de los bienes de la naturaleza a una sociedad que se preocupe por toda la familia humana en la búsqueda de un desarrollo sostenible e integral. En este camino se enfrentan con el rechazo de los poderosos y la indiferencia de otros.

Mediante una cultura de descarte sobre aquellas personas que son ignoradas por el sistema político y económico se genera una desigualdad social. Las últimas decisiones judiciales que se trataron en Entre Ríos como el accionar del gobernador Bordet exhiben un posicionamiento en favor del agronegocio. De esta manera ignoran un reclamo latente y fundado sobre los peligros que conllevan las fumigaciones en la salud de niños y docentes.

Nos encontramos como testigos frente una degradación ambiental que enferma a los pueblos fumigados que viven cotidianamente con esta situación. Estas graves inequidades entre los intereses del modelo de agricultura industrial sobre este colectivo afectado nos dejan un costo a todos como humanidad.

Por esta razón expresa el Papa Francisco: “Un verdadero planteo ecológico se convierte en un planteo social”¹¹. Entonces es indispensable un poder judicial consciente de la gravedad que se presenta en las fumigaciones con agroquímicos y escuche el clamor de los pueblos excluidos por este sistema de producción intensiva.

Por último, el poder ejecutivo y legislativo deben proponer soluciones integrales ya que los problemas se originan a través de la interacción de los seres humanos con el ambiente que habitan. Por ende, como sociedad la mirada sobre los problemas

¹¹ Papa Francisco (2015), “*Carta Encíclica Laudato si’ del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común*”, Roma, pág. 39.

ambientales debe abarcar las aristas sociales, referidas la relación entre los individuos con la naturaleza, y económicas sobre el tipo de desarrollo que se utiliza para la producción. (Papa Francisco, 2015, pág.22)

Bibliografía

- Boletín Oficial Prov. De Entre Ríos (2019) Decreto N° 2239. En línea en: <https://www.entrerios.gov.ar/boletin/calendario/Boletin/2019/Agosto/05-08-19.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2008) “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”. En línea en:
<http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mendoza-beatriz-silvia-otros-estado-nacional-otros-danos-perjuicios-danos-derivados-contaminacion-ambiental-rio-matanza-riachuelo-fa08000047-2008-07-08/123456789-740-0008-0ots-eupmocsollaf>
- Iglesia Católica. Papa (2015-: Francisco) Carta Encíclica *Laudato si’ del Santo Padre Francisco* sobre el cuidado de la casa común. Roma
- INDEC (2017a) Censo Nacional Agropecuario. En línea en: <https://www.indec.gov.ar/indec/web/Institucional-Indec-Multimedia-1>
- (2017b) Censo Nacional Agropecuario. En línea en: <https://www.indec.gov.ar/indec/web/Institucional-Indec-Multimedia-1>
- (2018) Informes Técnicos sobre Comercio Exterior y sobre “Complejos Exportadores”. En línea en: https://sitioanterior.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/complejos_03_19.pdf
- (2020) Informes Técnicos sobre Comercio Exterior. En línea en: https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/ica_01_20B13D104EBD.pdf
- Página 12 (2019) “Entre Ríos: insólita defensa de los agrotóxicos” <https://www.pagina12.com.ar/195153-entre-rios-insolita-defensa-de-los-agrotoxicos>

La astucia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: argumentos para el rechazo o para la declaración de certeza pretendida respecto del art. 30 del Reglamento del Senado de la Nación

The inventiveness of Supreme Court of Argentina: arguments for the rejection or for the declaration of alleged certainty regarding art. 30 of the Regulations of the Senate of the Nation

A astúcia do Supremo Tribunal de Justiça da Nação: argumentos para a rejeição ou para a declaração de suposta certeza quanto ao art. 30 do Regulamento do Senado da Nação

L'astuce de la Cour Suprême de Justice de la nation argentine: arguments pour le rejet ou pour la déclaration de certitude alléguée concernant l'art. 30 du Règlement du Sénat de la Nation

国家最高法院的机敏: 拒绝或宣布关于艺术的确定性的论点. 国家参议院条例三十

Gerónimo Arias¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 440-455

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e430>

Recibido: 13/07/2020

Aprobado: 01/08/2020

¹ Abogado egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Resumen: El trabajo analiza el fallo de la CSJN en la causa “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, del 24/04/2020. Para el autor, la decisión comentada versa sobre un debate jurídico de profunda raíz política. Por esta razón, cree que el derecho, como producto de su tiempo, ha dado un resultado positivo y acorde a las necesidades que la pandemia nos exige, receptando las imperiosas demandas de un contexto imprevisible. Ello es así, toda vez que esta sentencia, sin comprometerse más allá de lo necesario, lo hizo de manera suficiente para facilitar el camino al Poder Legislativo y que éste cumpla su mandato constitucional, aún en las condiciones excepcionales en las que la presentación de la Presidenta del Senado fue realizada.

Palabras clave: democracia, coronavirus, senado, constitución.

Abstract: This paper analyzes the ruling of the CSJN in the case “Fernández de Kirchner, Cristina as President of the Honorable Senate of the Nation s/ declarative action of certainty”, of 04/24/2020. For the author, the commented decision is about a legal debate with deep political roots. For this reason, he believes that the law, as a product of its time, has given a positive result and in accordance with the needs that the pandemic demands of us, receiving the imperative demands of an unpredictable context. This is so, since this sentence, without committing itself beyond what is necessary, did so in a sufficient way to facilitate the path to the Legislative Power and for it to fulfill its constitutional mandate, even under the exceptional conditions in which the presentation of the President of the Senate was made.

Keywords: democracy, coronavirus, senate, constitution.

Resumo: O trabalho analisa a decisão da CSJN no processo “Fernández de Kirchner, Cristina como Presidente do Honorable Senado da Nação s/ ação declarativa de certeza”, de 24/04/2020. Para o autor, a decisão comentada é sobre um debate jurídico com profundas raízes políticas. Por isso, acredita que a lei, como produto de sua época, tem dado um resultado positivo e de acordo com as necessidades que a pandemia nos exige, recebendo as demandas imperativas de um contexto imprevisível. É assim, visto que esta sentença, sem se comprometer além do necessário, o fez de forma suficiente para facilitar o caminho ao Poder Legislativo e para que cumprisse o seu mandato constitucional, mesmo

nas condições excepcionais em que a apresentação do Presidente do Senado foi nomeado.

Palavras-chave: democracia, coronavírus, senado, constituição.

Résumé: Cet article analyse la décision du CSJN dans l’affaire «Fernández de Kirchner, Cristina en tant que Président de l’Honorable Sénat de la Nation s /action déclarative de certitude», du 24/04/2020. Pour l’auteur, la décision commentée concerne un débat juridique aux racines politiques profondes. Pour cette raison, il estime que la loi, en tant que produit de son temps, a donné un résultat positif et conforme aux besoins que la pandémie exige de nous, recevant les exigences impératives d’un contexte imprévisible. Il en est ainsi, puisque cette phrase, sans s’engager au-delà de ce qui est nécessaire, l’a fait d’une manière suffisante pour faciliter le chemin vers le pouvoir législatif et pour lui permettre de remplir son mandat constitutionnel, même dans les conditions exceptionnelles où la présentation du Président du Sénat a été nommé.

Mot-clés: démocratie, coronavirus, sénat, constitution.

摘要: 这项工作分析了CSJN在2020年4月24日的“克里斯蒂娜(Cristina Fernández de Kirchner)担任国家参议院议长/确定性行动”一案中的裁决。对于作者而言,评论意见是关于具有深厚政治根源的法律辩论。因此,他认为,法律作为其时代的产物,已经产生了积极的结果,并符合我们对大流行的要求,接受了不可预测的环境的迫切要求。之所以如此,是因为这句话在没有超出必要范围的情况下就以充分的方式这样做,以便利通往立法权的道路,并使其得以履行其宪法任务,即使在这种特殊情况下,参议院议长就任。

关键词: 民主, 冠状病毒, 参议院, 宪法。

I. Introducción

El marco mundial y nacional generado por el COVID-19 puso –y pone en forma permanente- a prueba las instituciones para dar respuesta a una crisis sanitaria, social y económica sin precedentes. El objeto de este trabajo es evidenciar que la disciplina jurídica no es ajena a esta problemática e intenta brindar soluciones a muchas de las incógnitas que se formulan

diariamente a través de las autoridades, agentes sanitarios, económicos, periodistas y la ciudadanía en general. Ello exige de cierta creatividad y capacidad innovadora para estar a la altura que demanda la hora.

Desde esa perspectiva, y a propósito de la sentencia dictada por la CSJN en la causa “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, del 24/04/2020, podemos afirmar que, luego de días de disquisiciones teóricas con más voces en contra que a favor, el máximo tribunal del país dio por finalizado el primer capítulo de lo que Andrés Gil Domínguez calificó como “la democracia digital” (24/04/2020. “La Corte Suprema del siglo XXI habilitó la democracia digital”. Recuperado de <https://www.infobae.com>).

Sabido es que la Vicepresidenta de la Nación, en su carácter de Presidenta del Senado, realizó una presentación ante la CSJN en la que formuló la siguiente pregunta: *“¿Es constitucionalmente posible que tal como lo establece el art. 30 del Reglamento de la H. Cámara de Senadores sesione mediante medios digitales debido a la situación de gravedad institucional generada objetivamente por el COVID19?”*

La acción declarativa de certeza fue entablada contra el Estado Nacional en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y tuvo por objeto superar el estado de incertidumbre sobre el alcance del mencionado artículo 30 del Reglamento para sesionar con medios digitales (*“Los senadores constituyen Cámara en la sala de sus sesiones y para los objetos de su mandato, salvo en casos de gravedad institucional”*). Reglamento de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación. Recuperado de <https://www.senado.gov.ar/reglamento>).

Explicó que el Senado de la Nación adhirió a la normativa que ordenó el aislamiento social, preventivo y obligatorio por resolución RSA-548/2020. Agregó que la mayoría de los senadores y senadoras que integran el cuerpo se encuentran en sus

provincias de origen, y remarcó las dificultades que implicaría trasladarlos a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para sesionar en forma presencial dada la suspensión del transporte de pasajeros en todo el país. A ello, añadió que la reunión en el recinto implica la ruptura del distanciamiento social obligatorio que la legislación estableció en el marco de la pandemia.

A su vez, la actora afirmó que carecía de otro medio legal para darle fin inmediatamente a dicho estado de incertidumbre, recordando que la admisibilidad de la acción declarativa de certeza no requiere un daño consumado, pues tiene un carácter preventivo, tal como lo decidió la CSJN en el caso “Provincia de Santiago del Estero c/ Gobierno Nacional” (Fallos: 307:1379).

Algunos afirman, sin más, que la CSJN rechazó la acción intentada. Otros, por su parte, intentan desandar su enjundioso y extenso fallo, para así rescatar sus enseñanzas y, con mayor agudeza, aplaudirlo o criticarlo. En cuanto a la tarea emprendida, siempre es bueno recordar que la CSJN tiene el enorme poder de tener *la razón* principalmente por ser el último órgano jurisdiccional en decidir, más allá del acierto o error de sus argumentaciones.

En ese orden, distintos doctrinarios adelantaron su opinión a través de los medios masivos de comunicación. Lo que discutían –salvo contados constitucionalistas– era si la CSJN iba a rechazar la acción por medio de una resolución que afirmara que no existía caso o que el asunto no era de la competencia originaria del máximo tribunal.

Por su parte, Roberto Gargarella había expuesto, con anterioridad al fallo comentado, el desacierto de los argumentos utilizados para negar la intervención de la CSJN (23/04/2020. “La ‘consulta’ del Senado a la Corte, y el diálogo entre poderes”. Recuperado de <https://seminariogargarella.blogspot.com>). En esa oportunidad, postuló que la razón principal para admitir dicha intervención del máximo tribunal tenía que ver con la “concepción de la democracia” a partir de la cual el autor se acerca al constitucionalismo, y que se asienta en el “diálogo” o

la “conversación” colectiva. Conforme con su mirada, en apretada síntesis, la vida democrático-constitucional debe basarse en el diálogo colectivo, que incluye de manera prevalente la “conversación” entre las distintas ramas de poder.

Dicho esto, observamos que la CSJN sorprendió rechazando la acción pero dejando clara su postura respecto de la pregunta que se le formulara, a través de lo que llamamos *obiter dictum*. Para abordar este concepto, resulta útil recordar que en muchas ocasiones la CSJN resuelve brevemente, o mediante remisión a sus propios precedentes o al dictamen de la Procuración General de la Nación emitido en las actuaciones. Pero en otras oportunidades, como la que comentamos, opta por decir más de lo que hubiera sido mínimamente exigible y suficiente para rechazar o hacer lugar a la acción. Así pues, se conoce como *obiter dictum* a aquellos argumentos complementarios o accesorios de la decisión principal o *holding* de la sentencia.

Esta postura es, en mayor o menor medida, compartida por Andrés Gil Domínguez (25/04/2020. “La Corte Suprema del siglo XXI habilitó la democracia digital”. Recuperado de <https://www.infobae.com>), Domingo Rondina (25/04/2020. “La jurisprudencia también es un relato”. Recuperado de <https://www.infobae.com>) y Gustavo Arballo (24/04/2020. Recuperado de <https://twitter.com/GustArballo>), para quienes la sentencia –con sus matices, y sin perjuicio de la denegatoria– despejó la duda planteada y brindó una respuesta satisfactoria para que el Congreso funcione.

Para comprender cabalmente este tipo de decisiones de gobierno (las sentencias) cabe recordar que en derecho no suele haber una única solución posible. Tampoco las respuestas son siempre binarias, por la sencilla razón que no se trata de una disciplina exacta. Aún los más prestigiosos juristas suelen tener debates memorables y adoptar posiciones antagónicas. Esa inteligencia, en el asunto que comentamos, se traduce en tres votos de autoría de los máximos intérpretes de nuestro sistema normativo –uno de mayoría integrado por tres miembros del tribunal,

otro concurrente y otro en disidencia- que utilizaron distintas argumentaciones para fundar sus posturas, lo que basta para descartar de raíz los análisis simplificados. Formuladas estas digresiones, corresponde adentrarse en el texto de la sentencia.

II. El voto de mayoría

Al fundar la decisión mayoritaria, los Jueces Lorenzetti, Maqueda y Highton de Nolasco realizaron una importante reseña jurisprudencial con citas de distintos precedentes cuya lectura recomendamos detenidamente (desde las causas “Ríos” de 1863, Fallos: 1:32; “Calvete” de 1864, Fallos: 1:340; hasta el caso “Barrick” de 2019, Fallos: 342:917).

Con buen criterio, la mayoría de la CSJN sostuvo que “la parálisis causada por la pandemia exige de las instituciones de la República el desarrollo de los mecanismos que sus autoridades consideren necesarios para asegurar la permanencia de sus tareas” (considerando 9). Destacó la importancia del debate parlamentario y la necesidad de seguir sesionando con respeto de las normas sanitarias recomendadas por la OMS y el gobierno. A su vez, ejemplificó con los distintos sistemas remotos adoptados por países extranjeros para sesionar, y en el orden nacional, por algunas provincias argentinas (Mendoza, Salta, Córdoba y Santa Fe).

Por otro lado, en cuanto a la admisibilidad de la acción, la CSJN planteó el asunto en los siguientes términos: ¿la cuestión es justiciable o por el contrario compete al ámbito propio y exclusivo del órgano parlamentario?

La respuesta de la sentencia fue la segunda alternativa propuesta, motivo por el cual el tribunal consideró que no había caso y la demanda debía ser rechazada. Sin perjuicio de ello, el argumento utilizado por la CSJN para el rechazo de la pretensión fue, ni más ni menos, que la certeza que buscaba la Vicepresidenta de la Nación: la discrecionalidad política del Senado para sesionar de manera remota o virtual sin agravio constitucional.

Añadió que -como principio general- “el ámbito de su control jurisdiccional no alcanza a las decisiones que otros Poderes del Estado adopten dentro de la esfera de competencia que la Constitución Nacional les asigna como propia y exclusiva”. Citó su copiosa jurisprudencia en la materia, en virtud de la cual no constituye cuestión justiciable lo atinente al procedimiento adoptado por el Poder Legislativo para la formación y sanción de las leyes (considerando 12).

Luego, la CSJN desarrolló el concepto en virtud del cual el asunto llevado a su conocimiento no configuraba un caso justiciable, es decir, una “controversia” en sentido estricto.

A la pregunta inicial formulada por la Vicepresidenta de la Nación, el voto mayoritario respondió que la Constitución Nacional nada dice respecto de la modalidad física o remota de las sesiones del Senado, por lo que no hay impedimento constitucional alguno. Para mayor precisión, afirmó que “la posibilidad de que el Senado sesione de manera remota no interfiere con el *modo* en que la Constitución le impone a esa Cámara ejercer sus atribuciones. En efecto, la Constitución regula ciertos aspectos del modo en que debe funcionar el Poder Legislativo pero nada indica respecto a la modalidad física o remota de sus sesiones” (considerando 16, la cursiva es del original).

Asimismo, es dable destacar que el voto mayoritario calificó con buen criterio –por más que resulte una obviedad- de “absolutamente esencial” el funcionamiento del Congreso de la Nación para el normal desarrollo de la vida constitucional de la Argentina (considerando 17).

Este estilo elíptico sirvió a la mayoría de la CSJN para dar respuesta a una situación crítica sin menguar su propia doctrina (referida a la competencia originaria, la admisibilidad de la acción, las cuestiones políticas, la gravedad institucional, la división de poderes, etc.), y así brindar argumentos suficientes para la luz verde que la Presidenta del Senado solicitó.

De la forma en la que se lleve adelante ese procedimiento parlamentario dependerá que el prudente control del Poder

Judicial se mantenga, en el supuesto de planteos futuros, dentro de los límites trazados por la CSJN. Mientras se garantice el cumplimiento de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley, la postura de la CSJN –de conformidad con sus precedentes- es que no se introducirá en las facultades privativas de otro poder del estado. En forma clara, significa que mientras no exista un error grosero y evidente en el trámite, el Senado puede sesionar como mejor considere de acuerdo a las circunstancias excepcionalísimas en las que se encuentra el país, ya que ninguna de las cláusulas veta la posibilidad de que las reuniones se lleven a cabo de forma remota.

No obstante, ello no debe inducirnos a error. Si eventualmente el Congreso aprueba una ley que hipotéticamente genera una injerencia en los derechos de una persona (o colectivo de personas) y esta acciona judicialmente, habrá que analizar el caso y las razones que dan fundamento al objeto de la pretensión.

En tal sentido, el tribunal resguardó su conocida potestad de ser el último intérprete de la Constitución Nacional: si aquellos límites se transgreden, se abrirán las puertas de su control.

A modo de guiño final, el voto de mayoría consignó que el juez Lorenzetti suscribió la sentencia en la localidad de Rafaela, Provincia de Santa Fe, en virtud de las medidas de aislamiento social preventivas dispuestas por las autoridades nacionales.

Como si eso fuera poco, nunca faltan las voces que afirman que las sentencias se leen de atrás para adelante, es decir, la parte resolutive primero y después los fundamentos. La CSJN también les simplificó la tarea a aquellas personas, toda vez que no rechazó, sin más, la acción judicial. Por el contrario, en su parte resolutive, el voto de mayoría dispuso que “el Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, motivo por el cual, ahora sí, rechazó la acción incoada.

III. El voto concurrente del Juez Rosatti

El voto concurrente del juez Rosatti también merece nuestra atención. Para facilitar la tarea al lector, el considerando 15 sintetizó el resumen de sus ideas. En lo principal, señaló que la acción intentada no correspondía a la competencia de la Corte, porque no había “caso” judicial que resolver.

Consideró que la existencia de *gravedad institucional*, invocada por la presentante, permitiría soslayar el cumplimiento de los requisitos propios de la vía procesal intentada -o incluso reconducirla por otro medio procesal si se considerara más apto- pero no posibilita obviar la inexistencia de “caso” o “causa” judicial. Asimismo, sostuvo que “es cierto que hay gravedad institucional, pero no es exactamente la invocada en la presentación (supuesta imposibilidad del H. Senado de sancionar leyes que no pueden ser aprobadas por el Presidente por vía de Decretos de Necesidad y Urgencia), sino la afectación del sistema republicano por la alegada falta de funcionamiento de una de las Cámaras del Congreso con la subsecuente imposibilidad de: a) sancionar todo tipo de leyes, y b) ejercer las funciones de control constitucionalmente asignadas”.

A ello, añadió que el Senado no solo *puede* sino que *debe* sesionar para poder cumplir con su rol constitucional. Y debe hacerlo -refirió- con las modalidades que el propio Senado establezca, y con el temario que el propio Senado determine, porque está en período de sesiones ordinarias.

Por otra parte, introdujo un capítulo novedoso con consideraciones adicionales a título de colaboración entre los poderes del Estado frente a la inédita situación planteada por la proyección de la pandemia en la vida institucional del país (intitulado “Principio de colaboración entre los poderes del Estado. Consideraciones frente a la excepcionalidad de la situación”; considerandos 10 a 14). En lo que aquí importa, indicó que la Constitución no previó el trabajo no presencial de sus integrantes en el marco de las sesiones, sencillamente porque no podía pedírsele a los constituyentes, originarios o reformadores, que

imaginaran el futuro tecnológico. Ahora bien, precisó que de esa circunstancia no se deriva su prohibición ni la inconstitucionalidad de tal sistema.

Categoricamente, definió que le incumbe al Senado y no a la Corte decidir si aquel debe sesionar en lo sucesivo de modo presencial o no presencial, y -en este último caso- si para hacerlo es necesario *interpretar o modificar su reglamento de funcionamiento*, tareas ambas que -por obedecer a su modo y forma de organización y funcionamiento- corresponden a la exclusiva competencia de la Cámara.

Más allá del enorme valor de la totalidad del voto concurrente de Rosatti, consideramos que ese es su mayor aporte. En él se encargó de aclarar que el método escogido por el Tribunal para superar las circunstancias actuales y habilitar la modalidad de trabajo a distancia fue la reforma de su propio reglamento, sin perjuicio que -de haber sido más idóneo- *hubiera podido optar por la vía interpretativa*.

Pensamos que ahí está la clave del trabajo parlamentario. Sin decir cuál es la correcta -porque no corresponde a la CSJN-, sugiere dos soluciones. Si el Senado lo cree conveniente, puede modificar su Reglamento. Pero también, desde otro ángulo, observamos que como representante de la Cámara (artículo 36 del Reglamento de la Cámara de Senadores) la Presidenta del Senado tiene las atribuciones necesarias para interpretar el reglamento y avanzar con una sesión no presencial o remota. Creemos que cualquier alternativa debería ser precedida de acuerdo parlamentarios, a fin de dotar a aquella decisión de mayor fuerza democrática mediante el acompañamiento de los distintos bloques del cuerpo colegiado.

En otro orden, Rosatti fue enfático en afirmar que la eventual revisión judicial -respecto de la modalidad presencial o virtual de sesión-, en el supuesto que se articulara un caso o controversia al respecto, debería realizarse con particular restricción.

Quizás eso no sea un blindaje a las leyes que puedan sancionarse mediante la modalidad remota o virtual, pero sí

constituye una postura clara respecto de la pregunta que la Presidenta del Senado le formuló a la CSJN. Para concluir, Rosatti también firmó la sentencia en la localidad de Santa Fe, Provincia de Santa Fe.

IV. El voto en disidencia del Juez Rosenkrantz

El Juez Rosenkrantz resolvió que la presentación analizada debía ser rechazada *in limine*. A diferencia de sus colegas preopinantes, se limitó –con cierto dogmatismo– a considerar las imposibilidades procesales que ya habían sido expuestas por el Procurador General Interino.

Sucintamente, expuso que la solicitud formulada no constituía acción o recurso alguno que, con arreglo a los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, habilite la intervención pretendida de la CSJN. A ello, añadió que “resulta manifiesto el carácter puramente consultivo de la solicitud y la inexistencia de un ‘caso’ o ‘controversia’”.

Argumentó que no puede haber caso sin contraparte y más allá de la mención nominal del Estado Nacional en el escrito inicial no se había identificado “ninguna contraparte concreta respecto de la cual exista una controversia actual que deba ser saldada para resolver una colisión de intereses o derechos”.

Recordó que en nuestro sistema constitucional la existencia de un caso judicial es una precondition para la intervención de los tribunales nacionales y constituye un requisito *sine qua non* de su accionar (artículo 116, Constitución Nacional; artículo 2º, ley 27). Agregó que ello es así con absoluta independencia del mérito o la trascendencia política o de otra naturaleza que pueda tener el planteo que se pretende someter al estrado judicial.

Con un criterio estricto, expuso que más allá de la gravedad de la situación nacional, la CSJN y los tribunales inferiores no pueden convertirse en órganos de consulta de los restantes poderes del Estado.

Ponderó que la presentación analizada era abstracta y previa a toda situación jurídicamente contenciosa, por lo que

“importa -en verdad- la pretensión de que esta Corte ejerza una suerte de control de constitucionalidad, abstracto, previo y concentrado, característico de diseños institucionales que resultan radicalmente ajenos al sistema de la Constitución Nacional”.

En cuanto a la gravedad institucional, considero que tal doctrina no puede ser utilizada para deformar o eludir las exigencias a las que la intervención de la CSJN está constitucionalmente supeditada.

Sin perjuicio de ello, mencionó que aun cuando se considerase que el pedido de la señora Vicepresidenta de la Nación constituye una demanda declarativa de certeza y no una mera consulta, igualmente correspondería desestimar la presentación. Ello es así –detalló– porque, al no ser parte actora ni demandada una provincia, la demanda se encontraría, por razones de índole constitucional, fuera de la competencia originaria del Tribunal (cfr. artículo 117, Constitución Nacional), tal como señaló el señor Procurador General interino en su dictamen.

En comparación con el voto de sus colegas, observamos en la decisión del juez Rosenkrantz y –principalmente– en su forma de argumentarla, una mirada más instrumental que preocupada por el resultado. Como dijo en su discurso de apertura del año judicial 2019, en su calidad de Presidente de la CSJN, el juez debe ser capaz –según su mirada– de actuar sin pensar en las simpatías o antipatías que pueda generar su decisión, lo que importa alejarse de la realidad que lo rodea.

V. Conclusiones

El fallo comentado versa sobre un debate jurídico de profunda raíz política. Por esta razón, creemos que el derecho, como producto de su tiempo, ha dado un resultado positivo y acorde a las necesidades que la pandemia nos exige, repectando las imperiosas demandas de un contexto imprevisible. Ello es así, toda vez que esta sentencia, sin comprometerse más allá de lo necesario, lo hizo de manera suficiente para facilitar el camino al Poder Legislativo y que éste cumpla su mandato

constitucional, aún en las condiciones excepcionales en las que la presentación de la Presidenta del Senado fue realizada.

Quizás la estrategia legal por ella utilizada no resulte compartida, pero no se le podrá reprochar que no logró el efecto buscado: comprometer a otro a poder del Estado en una decisión política con el objeto de dotarla de certeza y de una mayor legitimidad democrática. La demanda interpuesta fue efectiva, lo que merece el reconocimiento a la Dra. Graciana Peñafort y el Dr. Esteban Lopardo, patrocinantes de la presentación formulada.

Asimismo, entendemos que el voto mayoritario –incluido el concurrente del Dr. Rosatti– importó un ejercicio responsable que ponderó las consecuencias de las decisiones institucionales, lejos de desentenderse de las acuciantes problemáticas que aquejan a la sociedad y a las que el Congreso de la Nación debe dedicarse con premura. Resulta evidente, entonces, que cuando la CSJN quiere resolver un caso (o un no caso), lo hace.

Desde una mirada jurídica, se abren interrogantes respecto del diálogo entre los poderes del Estado. ¿Es valioso que la CSJN diga más de lo necesario para resolver un asunto o, por el contrario, implica un riesgo institucional que abre un camino desconocido respecto de sus consecuencias futuras? ¿En qué casos la CSJN emitirá consideraciones a título de “colaboración entre los poderes del Estado”, como explícitamente precisó el Juez Rosatti? ¿Fortalece la democracia y las instituciones republicanas el diálogo entre poderes o es un intento de compartir responsabilidades exclusivas inherentes a la división de poderes?

Más allá de las respuestas que busquemos a esos interrogantes, la posibilidad de desarrollar prácticas dialógicas entre poderes es un escenario que con que este fallo la CSJN muestra alguna voluntad de favorecer. La discusión y la contribución para la resolución de conflictos en momentos de crisis profundas se vuelve un imperativo para la defensa de la institucionalidad democrática, en tanto disuade el abuso del poder ejercido en ausencia de consensos.

De alguna manera, la presentación realizada y la consiguiente respuesta del máximo tribunal, se inscriben en ese

marco de diálogo de poderes, para intentar al menos distribuir o compartir *la razón*. En el caso comentado, creemos que esa interacción del poder volvió a poner –con mayor fuerza y legitimidad– a la política en el centro de la escena democrática para la toma de decisiones.

Por último, desde el punto de vista político, habrá quienes vean la sentencia que comentamos como una derrota del gobierno y otros como una victoria. Por nuestra parte creemos que la Vicepresidenta de la Nación logró su objetivo, tal como ella misma lo manifestó mediante sus redes sociales.

Ello fue confirmado el miércoles 13 de mayo de 2020 con la realización de la primera sesión virtual en la historia del Congreso de la Nación. En dicha oportunidad, el Senado Nacional trató y aprobó 20 Decretos de Necesidad y Urgencia firmados por el Presidente Alberto Fernández en el marco de la pandemia. En el recinto estuvieron las autoridades de la Cámara, mientras que el resto de los senadores y las senadoras estuvieron en despachos oficiales o en sus casas siguiendo el debate en forma remota. Previamente, se habían sometido a las pruebas de validación de identidad, con la colaboración técnica del Registro Nacional de las Personas dependiente del Ministerio del Interior. Solamente se ausentó un senador por encontrarse de licencia.

De esta forma, Cristina Fernández de Kirchner generó un precedente que seguramente será estudiado por los y las constitucionalistas de nuestra generación y las futuras. Lo concreto es que el fallo comentado nos dejó una certeza jurídica: sí, es constitucionalmente posible que el Congreso sesione mediante medios digitales.

Bibliografía

Corte Suprema de Justicia de la Nación (1985) *Provincia de Santiago del Estero c/ Gobierno Nacional*. En línea en: http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/aranceles_honorarios/santiago_del_estero_provincia_de_c_estado_nacion.html

Dominguez, Andrés Gil (2020) *La Corte Suprema del siglo XXI habilitó la democracia digital* En línea en: <https://www.infobae.com/opinion/2020/04/25/la-corte-suprema-del-siglo-xxi-habilito-la-democracia-digital/>

Gargarella, Roberto (2020) *La 'consulta' del Senado a la Corte, y el diálogo entre poderes*. En línea en: <http://seminariogargarella.blogspot.com/2020/04/la-consulta-del-senado-la-corte-y-el.html>

Rondina, Domingo (2020) *La jurisprudencia también es un relato*. En línea en: <https://www.infobae.com/opinion/2020/04/25/la-jurisprudencia-tambien-es-un-relato/>

Senado Argentino (2016) *Reglamento de la Cámara de Senadores*. En línea en: <https://www.senado.gob.ar/reglamento>

El *certiorari* positivo: el avance hacia la jurisdicción estratégica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para definir una agenda judicial racional

The writ of certiorari: the move towards strategic jurisdiction of the Supreme Court of Justice of the Nation to define a rational judicial plan

Mandado de certiorari: o movimento em direção à jurisdição estratégica do Supremo Tribunal de Justiça da Nação para definir uma agenda judicial racional

L'ordonnance de certiorari: le passage à la juridiction stratégique de la Cour suprême de justice de la Nation à définir un plan judiciaire rationnel

积极的证明:向战略管辖权迈进 国家最高法院 确定合理的司法议程

María Alejandra Pericola¹ y Santiago Lauhirat²
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 456-489

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e431>

Recibido: 01/05/2020

Aprobado: 01/07/2020

¹ Abogada, Licenciada en Ciencia Política, Máster en Derecho Electoral y Especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Profesora Adjunta Regular de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires e Investigadora Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

² Abogado y Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires es Jefe de Trabajos Prácticos Regular de Derecho Constitucional y de Teoría del Estado, e investigador en formación.

Resumen: En este trabajo se analiza —a partir de los debates suscitados por la reforma judicial entre los cuales se incluye la creación de un “Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público”- la transformación de una jurisdicción reglada por parte de la CSJN hacia una “apelación discrecional”, para lo cual se necesita la incorporación y profundización del instituto procesal conocido como certiorari positivo. Para este fin, se analiza en primer lugar la apelación reglada, su traspaso hacia una apelación discrecional por parte de la CSJN. En tercer lugar se realiza un análisis constitucional del art.280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y finalmente una reflexión sobre la utilidad práctica para la selección de casos estratégica al incorporar el certiorari positivo en el marco de una reforma judicial.

Palabras clave: Corte Suprema de Justicia de la Nación; certiorari; reforma judicial; derecho procesal constitucional

Abstract: This paper analyzes - based on the debates raised by the judicial reform, which includes the creation of an “Advisory Council for the Strengthening of the Judicial Power and the Public Ministry” - the transformation of a jurisdiction regulated by of the CSJN towards a “discretionary appeal”, for which the incorporation and deepening of the procedural institute known as writ of certiorari is necessary. To this end, the regulated appeal is first analyzed, its transfer to a discretionary appeal by the CSJN. Third, a constitutional analysis of article 280 of the Code of Civil and Commercial Procedure of the Nation is carried out and finally a reflection on the practical usefulness for the selection of strategic cases by incorporating the positive certiorari within the framework of a judicial reform.

Keywords: Supreme Court of Justice of the Nation; writ of certiorari; judicial reform; constitutional procedural law

Resumo: Este artigo analisa - com base nos debates suscitados pela reforma judicial, que inclui a criação de um “Conselho Consultivo para o Fortalecimento do Poder Judiciário e do Ministério Público” - a transformação de uma jurisdição regulada por da CSJN para um “recurso discricionário”, para o qual se faz necessária a constituição e o aprofundamento do instituto processual denominado ordenamento de certiorari. Para isso, primeiramente é analisado o recurso regulado, sendo sua transferência para recurso discricionário da CSJN. Em terceiro lugar, procede-se a

uma análise constitucional do artigo 280º do Código de Processo Civil e Comercial da Nação e, por fim, a uma reflexão sobre a utilidade prática da selecção de casos estratégicos ao incorporar o certiorari positivo no quadro de uma reforma judicial.

Palavras-chave: Supremo Tribunal de Justiça da Nação; certiorari; reforma judicial; direito processual constitucional

Résumé: Cet article analyse - à partir des débats soulevés par la réforme judiciaire, qui comprend la création d'un «Conseil consultatif pour le renforcement du pouvoir judiciaire et du ministère public» - la transformation d'une juridiction régie par du CSJN vers un «recours discrétionnaire», pour lequel l'incorporation et l'approfondissement de l'institut de procédure dit l'ordonnance de certiorari est nécessaire. A cet effet, l'appel réglementé est d'abord analysé, son transfert en recours discrétionnaire par la CSJN. Troisièmement, une analyse constitutionnelle de l'article 280 du Code de procédure civile et commerciale de la Nation est menée et enfin une réflexion sur l'utilité pratique pour la sélection des affaires stratégiques en intégrant le certiorari positif dans le cadre d'une réforme judiciaire.

Mots-clés: Cour suprême de justice de la nation; ordonnance de certiorari; réforme judiciaire; droit procédural constitutionnel

摘要: 本文根据司法改革引发的辩论进行了分析,其中包括建立“加强司法权力和公共部顾问委员会”,对司法管辖权的转变进行了分析。CSJN采取“自由裁量权”,为此,有必要合并和深化被称为肯定证明书的程序研究所。为此,首先对受管制的上诉进行分析,然后由CSJN将其转移至酌处上诉。第三,对《国家民商事程序法》第280条进行了宪法分析,最后反思了通过在司法改革的框架内纳入肯定证书来选择战略案件的实际用处。

关键字: 国家最高法院,积极的证明,司法改革,宪法程序法

I. Preliminar

En el marco del actual debate sobre la Reforma Judicial y la contemporánea creación de un “Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público”, nos referimos al proceso de transformación de la jurisdicción

por apelación reglada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) hacia una jurisdicción por apelación discrecional, concentrándonos en la necesidad de incorporar y profundizar el instituto procesal del *certiorari* positivo como mecanismo estratégico de selección de casos y construcción de una agenda judicial racional.

En la primera parte, abordamos las principales características de la jurisdicción por apelación reglada de la CSJN. Luego, en la segunda parte, explicamos en qué consistió el pasaje de esa jurisdicción reglada a una discrecional y cuáles fueron sus implicancias en el sistema procesal constitucional argentino. En la tercera parte, analizamos la constitucionalidad del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN). En la cuarta parte nos abocamos a la justificación práctica de la incorporación del instituto del *certiorari* positivo en el ámbito de la CSJN. Por último, a modo de cierre, relacionamos el mecanismo de *certiorari* positivo con las funciones institucionales del Máximo Tribunal.

II. La jurisdicción reglada

El artículo 31 de la Constitución Nacional (CN) consagra expresamente la supremacía constitucional. Esta supremacía normativa, como despliegue de la regla de subordinación jurídica del Estado,³ ha sido tratada por Esteban Ymaz y Ricardo Rey:

... establece la prioridad de la Constitución tanto en el orden nacional como en el provincial, y la preeminencia de los poderes del gobierno de la Nación sobre los de las

³ Cfr. FERREYRA, Raúl G., *Fundamentos Constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed., 2015, p. 527. Según el autor, "... en el 'Estado constitucional', la subordinación del ente a la ordenación fundamental determinada por la Constitución liga con decisión intransigente el propio concepto de Estado. La regla sobre la subordinación jurídica del Estado por intermedio de cada uno de los despliegues que la Constitución dispone (supremacía normativa, relación con el DIDH, control de constitucionalidad y rigurosa juridicidad) persigue establecer la certeza, es decir, el 'conocimiento seguro' por parte de la ciudadanía y los servidores públicos del campo dominado por el Derecho y del otro campo libre, un mundo sin reglas jurídicas".

provincias, indispensable para la subsistencia del Estado Federal mientras los primeros sean ejercidos dentro de los límites constitucionales.⁴

Ahora bien, la efectividad de la supremacía normativa constitucional requiere de la existencia de un mecanismo que permita, frente a una norma o acto de cualquier tipo que resulte manifiestamente repugnante a su contenido, restablecer la vigencia normológica del texto constitucional. Tal mecanismo no es otro que el control judicial de constitucionalidad. Así lo ha manifestado la CSJN:

El artículo 31 de la Constitución Nacional determina la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolos con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición a ella por lo que no existe óbice para que todo magistrado argentino, federal, nacional o provincial, sea cual fuere su competencia, se pronuncie sobre las cuestiones constitucionales que pudiesen proponerse en los asuntos que deba juzgar en virtud de la naturaleza difusa del control de constitucionalidad que ejercen todos los jueces del país, de nuestro sistema federal y de las autonomías provinciales.⁵

En consonancia, el Máximo Tribunal también ha sostenido:

La más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar

⁴ Cfr. YMAZ, Esteban y REY, Ricardo E., *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª ed., 2000, p. 15.

⁵ CSJN, "Nestlé Argentina S.A. c/ Buenos Aires, provincia de s/acción declarativa de certeza (sellos), N. 425. XLII. ORI, 24/11/2009. En el mismo sentido, puede verse CSJN, *Fallos*: 329:1092, 11/4/2006: "La custodia de la supremacía constitucional está depositada en el quehacer de todos y cada uno de los jueces, sin distinción entre nacionales y provinciales, por lo que la elemental atribución y deber de los magistrados de verificar la compatibilidad constitucional de las leyes pertenece a todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero, en tanto rige entre nosotros el sistema de control judicial difuso".

que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional; sólo secundariamente debe admitirse la unificación interpretativa, en la medida en que la racionalidad republicana haga intolerable la arbitrariedad de lesiones muy groseras a la igualdad o a la corrección de interpretaciones carentes de fundamento, pero resulta claro que no es lo que movió centralmente a los constituyentes a la hora de diagramar el sistema judicial argentino.⁶

Por ello, de la jurisprudencia citada puede extraerse el fuerte compromiso asumido por la Judicatura en garantizar el resguardo de la supremacía normativa constitucional a través del control judicial difuso de constitucionalidad. No podría haber sido de otra manera en el entendimiento de que, siguiendo la ya clásica lógica marshalliana, “[d]ado que la Constitución es ley, ella debe ser interpretada y aplicada por los jueces en los casos regidos por la misma; y desde que es la ley suprema, los jueces deben darle preferencia sobre cualquier otra ley”.⁷

Así las cosas, la función jurisdiccional desplegada por la CSJN como “intérprete final de la Constitución Nacional, guardián último de las garantías superiores de las personas y participe en el sistema republicano de gobierno”⁸ se inicia, necesariamente, desde el propio texto constitucional, más precisamente de los artículos 116 y 117 de la CN. Allí se establece el alcance de la jurisdicción federal en razón de la materia, el lugar y las personas,⁹ y también las dos vías de acceso al Máximo Tribunal,

⁶ CSJN, *Fallos*: 328:3399, 20/9/2005.

⁷ “Marbury vs Madison”, 5 U. S. 137 (1803).

⁸ CSJN, *Fallos*: 342:1417, 29/8/2019.

⁹ Específicamente, el art. 116 de la CN establece que “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos

a saber: originaria y exclusiva, y por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso.¹⁰

A los fines del presente documento, nos detenemos en la jurisdicción por apelación. El Congreso Nacional reglamentó los artículos 116 y 117 de la CN por medio de la sanción de las leyes 48 y 4055, estableciendo a tales efectos el recurso extraordinario federal.¹¹ El procedimiento –aún vigente– fue determinado en los artículos 14 a 16 de la ley 48, lugar en el que se fijan con carácter reglado los requisitos propios de procedencia del mentado recurso: cuestión federal simple o compleja en su faz directa o indirecta, sentencia definitiva pronunciada por los tribunales superiores de provincia, resolución contraria al derecho federal y relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, tratados o comisiones en disputa.

En los albores del funcionamiento del Máximo Tribunal, el recurso extraordinario federal fue cuestionado por inconstitucional y, como era de esperarse, su constitucionalidad fue reconocida en numerosos precedentes:

Que es un principio que nace de la forma federal de gobierno [...] reconocido, por otra parte, por el art. 14 de la ley nro. 48, que radicado un juicio ante los tribunales de provincia debe ser substanciado y fenecer en la jurisdicción provincial, salvo los casos establecidos por el art. 100 de la Constitución Nacional [actual 116] que

de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”.

¹⁰ El art. 117 de la CN reza: “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”.

¹¹ Ymaz y Rey precisan que el término “recurso extraordinario” no surge del texto de las leyes 48 y 4055, sino que se trata de una denominación consagrada por el uso y la jurisprudencia. No obstante, ponen de manifiesto que sí se estableció expresamente, luego, en el art. 24, inc. 2, de la ley 13.998 y del decreto-ley 1285/58. Ymaz, E. y Rey, R., *El recurso extraordinario...*, ob. cit., pp. 20-21.

autorizan el recurso extraordinario legislado en la citada disposición de la ley nro. 48, para mantener la supremacía de la Constitución Nacional y las leyes de la Nación a las que están obligadas a conformarse las autoridades de provincias (art. 31 de la Constitución Nacional).¹²

En cuanto a la fisonomía de este recurso, Ymaz y Rey mencionan que se trata de un recurso de apelación excepcional que tiene por objeto el mantenimiento de la supremacía constitucional.¹³ Es de apelación en tanto a través de su interposición se pide la derogación o modificación del acto de una autoridad inferior; de lo contrario, no quedaría otra alternativa que reputarlo como un medio para poner en funcionamiento la jurisdicción originaria de la CSJN.¹⁴ Sin perjuicio de ello, se trata de una instancia de apelación extraordinaria o excepcional por su fin y naturaleza; por tanto, es de aplicación restrictiva a fin de no desnaturalizar su función y convertirlo en una nueva instancia ordinaria de todos los pleitos que se tramitan ante todos los tribunales del país.¹⁵ Finalmente, su télesis se encuentra enderezada a mantener la supremacía constitucional. En palabras de la CSJN, "... el recurso extraordinario no se propone rectificar toda injusticia que pueda existir en un fallo apelado, sino mantener, como queda dicho, la supremacía nacional".¹⁶

Sentado ello, Néstor Sagüés explica que las metas iniciales del recurso extraordinario federal fueron garantizar la supremacía de las instituciones federales y de la Constitución Nacional sobre autoridades federales y provinciales, y la casación federal.¹⁷ Con el correr del tiempo, el recurso extraordinario sufrió una metamorfosis, especialmente por el avance de la doctrina de la

¹² CSJN, *Fallos*: 136:147, 177:390, 188:456, entre otros.

¹³ YMAZ, E. y REY, R., *El recurso extraordinario...*, ob. cit., p. 24.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ CSJN, *Fallos*: 179:5, citado por YMAZ, E. y REY, R., *El recurso extraordinario...*, ob. cit., p. 26

¹⁶ CSJN, *Fallos*: 186:497, citado por YMAZ, E. y REY, R., *El recurso extraordinario...*, ob. cit., p. 27.

¹⁷ SAGÜÉS, Néstor P., *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 4ª ed., 2013, pp. 304-307.

arbitrariedad de sentencias, que ha llevado a aquél a ser utilizado como mecanismo de activación de una casación general y como recurso de justicia y equidad.¹⁸ Esta transformación se vio fortificada con la aparición de la causal de “gravedad institucional”¹⁹ como mecanismo para la apertura del recurso extraordinario no obstante la ausencia del requisito propio de procedencia de la sentencia definitiva. Precisamente, este derrotero ha llevado a Sagüés a sostener que el recurso extraordinario padece de una crisis de identidad y una situación de seria incertidumbre y correlativa inseguridad jurídica, la cual provoca un natural desconcierto y críticas justificadas, en tanto nadie puede pronosticar con éxito si un recurso extraordinario será atendido o no.²⁰

III. De la jurisdicción reglada a la jurisdicción discrecional

Vigentes –a nivel jurisprudencial– la doctrina de la arbitrariedad de sentencias y la gravedad institucional como causales de apertura del recurso extraordinario federal distintas a las expresamente establecidas en la ley 48, a fuerza de introducir mayor complejidad en el sistema de jurisdicción apelada de la Corte Suprema, a través de la ley 23.774²¹ el Congreso Nacional, además de aumentar el número de jueces integrantes de la CSJN,²² introdujo una importante modificación en el CPCCN. Así, en el nuevo artículo 280 se estableció lo siguiente:

Quando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. 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.

¹⁸ Ídem, p. 308.

¹⁹ CSJN, *Fallos*: 248:189, 311:1762, 319:371, 324:533 y 1225.

²⁰ SAGÜÉS, N. P., *Recurso extraordinario...*, ob. cit., p. 311.

²¹ BO del 16/4/1990.

²² Finalmente el art. 1 fue derogado por art. 1 de la ley 26.183, BO del 18/12/2006.

En consecuencia, el Máximo Tribunal puede rechazar recursos extraordinarios sin necesidad de motivación alguna cuando el agravio federal carezca de suficiencia, o bien cuando la cuestión federal presentada, según el ejercicio de su propia discrecionalidad, sea insustancial o intrascendente. Nace, de esta manera, nuestro *certiorari* negativo.

La introducción de esta norma supuso el pasaje de un sistema de jurisdicción por apelación reglada de la Corte Suprema a uno discrecional, según el cual podría –o no– desestimar el recurso extraordinario, no obstante la presencia de una típica cuestión federal, cuando –según su juicio– ésta careciera de suficiencia o trascendencia. Más aun, tal desestimación no exige motivación alguna en tanto la normativa refiere que el rechazo podría tener lugar con su sola invocación.

En este contexto, Alfonso Santiago (h) ha definido al *certiorari* en los siguientes términos:

... la facultad discrecional de rechazar infundadamente los recursos extraordinarios que, aun cumpliendo los requisitos previstos por la ley, no tengan a juicio del tribunal la suficiente trascendencia para merecer su estudio por la Corte, [lo cual] otorga una gran discrecionalidad a la actuación del tribunal, que sólo debe justiciar su decisión de no conceder el recurso extraordinario solicitado remitiendo al texto legal.²³

Este aumento de la discrecionalidad del Máximo Tribunal para definir su propio campo de actuación reforzó la dimensión política de sus funciones institucionales permitiéndole seleccionar los casos más relevantes y dejando, así, de lado los que carecen de relevancia pública.²⁴ Asimismo, tal modalidad

²³ Cfr. SANTIAGO (h), Alfonso, *La Corte Suprema y el control político*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, pp. 150-151.

²⁴ Cfr. LEGARRE, Santiago, “El *certiorari*”, en SABSAY, Daniel A. (dir.) y MANILI, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 712. En el mismo sentido, Santiago (h) explica que “[e]l sentido de esta reforma fue ordenar el trabajo de la Corte Suprema, que estaba desbordada en su capacidad de resolver la cantidad de causas que llegaban a su instancia.

debería tener un impacto en la cantidad de trabajo asumido por el Tribunal de forma tal de aliviarlo para concentrarse en aquellos casos que guardan directa relación con sus más altas funciones institucionales.

Con la introducción de la herramienta procesal del *certiorari* por vía legal, la valoración de la CSJN, al momento de decidir los casos para resolver, no estará basada en consideraciones puramente jurídicas sino en cuestiones relacionadas con la trascendencia institucional de las causas.²⁵ Ello, con fundamento en que, además de la verificación de la existencia de los requisitos propios del recurso extraordinario federal antes descriptos, el Máximo Tribunal deberá ponderar la suficiencia, sustancialidad o trascendencia de éste y si, de acuerdo a su sana crítica, considera que la cuestión planteada es insuficiente, insustancial o intrascendente, podrá rechazarla sin necesidad de fundamentación. De allí que, atinadamente, se sostenga que la reforma procesal atribuyó a la Corte Suprema "... una herramienta discrecional en grado sumo para atender o denegar el control constitucional, otorgándole la llave para abrir o cerrar su competencia extraordinaria".²⁶

El antecedente inmediato –aunque no igual– de la incorporación del *certiorari* en nuestra realidad jurídica es la experiencia estadounidense. Ante el excesivo número de causas en las que estaba conociendo la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, en 1925 el Congreso Federal sancionó una ley que incorporó el *certiorari* como mecanismo de filtro de las causas, ley que quedó recién perfeccionada con las modificaciones legislativas introducidas en 1988.²⁷ De esta manera, en Estados

La posibilidad de desechar rápida e infundadamente la mayoría de los casos que llegan a ella era una solución a la acumulación de causas sin resolver que por entonces existía". SANTIAGO (h), A., *La Corte Suprema y el control político...*, ob. cit., p. 151.

²⁵ Cfr. MANILI, Pablo L., *Teoría constitucional*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, p. 211.

²⁶ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 3ª ed., 2008, p. 974.

²⁷ Bianchi señala que, a partir de la sanción de Judge's Bill en 1925, "... el papel ocupado hasta ese momento por el *writ of error* pasó a ser desempeñado por el *writ of certiorari* que

Unidos el *writ of certiorari* es una petición a la Suprema Corte para que revise una decisión de un tribunal inferior en la que se habría cometido un error y el hecho de que el Tribunal acepte la petición no es un derecho de quien la formula sino que forma parte de la discrecionalidad de la Corte de cara a la suficiente importancia que revista el caso.²⁸

IV. La constitucionalidad del artículo 280 del CPCCN

La incorporación legislativa del *certiorari* negativo trajo aparejadas distintas críticas. Se ha sostenido que la indeterminación de las causales que habilitan a desestimar el recurso extraordinario conlleva un peligro de arbitrariedad en la decisión de la Corte Suprema que afecta la seguridad jurídica.²⁹ Asimismo, se ha destacado que la falta de fundamentación del rechazo del recurso extraordinario autorizada por la propia ley es contraria a los principios que deben regir los actos de gobierno en general en una república democrática.³⁰ En tales condiciones, se ha planteado la inconstitucionalidad de la reforma introducida por la ley 23.774 al artículo 280 del CPCCN con fundamento en la violación de los artículos 14, 16, 17, 18, 28 y 31 de la CN.

se convirtió en la regla. De allí en adelante y hasta la reciente reforma de 1988, muy pocas apelaciones quedaron fuera de la discrecionalidad del *certiorari*. Entre ellas, aquellos casos en que la decisión final de un tribunal superior de un Estado declarara inconstitucional una ley federal o bien, por el contrario, declarara constitucional una ley local constitucionalmente impugnada. En segundo lugar, cuando la decisión final de una corte federal de apelaciones declarara inconstitucional una ley estatal o bien cuando una ley federal fuera declarada inconstitucional en una acción civil en la que el gobierno de los Estados Unidos fuera parte". BIANCHI, Alberto B., *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Análisis de los mecanismos procesales que hoy emplea la Corte argentina*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994, pp. 119-120.

²⁸ LEGARRE, Santiago, "El *certiorari*", ob. cit., p. 713.

²⁹ GARAY, Alberto F., "Comentario sobre las reformas al recurso extraordinario", La Ley, 1990-E, 984.

³⁰ MORELLO, Augusto M., "El *certiorari*, aproximación al modelo de los EE.UU. de América", La Ley, 1985-D, 1105. Al respecto, Manili precisa que la falta de fundamento para el rechazo de un recurso, amén de los cuestionamientos que pueda recibir sobre su constitucionalidad, implica de por sí la exteriorización de que la decisión no tiene bases jurídicas ni objetivas, sino políticas y subjetivas. MANILI, Pablo, *Teoría constitucional...*, ob. cit., p. 211.

En este marco, antes de la sanción de la ley 23.774, la CSJN, mediante el dictado de la Acordada 44/89, tuvo la oportunidad de expedirse en cuanto a la conveniencia de incorporar la herramienta procesal del *certiorari* a la legislación nacional. Así, consideró oportuna y conveniente su introducción:

... el recurso extraordinario ha sido instituido como el instrumento genérico de la función jurisdiccional más alta de esta Corte, la que se satisface cabalmente, cuando están en juego problemas de gravedad institucional, con su decisión por ella, desde que su fallo es precisamente el fin de la jurisdicción eminente que la ha sido conferida, aun cuando su ejercicio puede promoverse en cuestiones entre particulares. Así, la ausencia de interés institucional que la jurisprudencia contempla, por regla general con el nombre de “cuestiones federales insustanciales”, autoriza el rechazo de la apelación extraordinaria, según se admite sin discrepancias a partir de *Fallos*: 194:220 (*Fallos*: 248:189 y otros). Por lo demás, esta orientación sí se adecua a las tendencias y propuestas imperantes en tribunales supremos de diversas nacionalidades, al paso que configura un punto fundamental de la concreta vigencia y cabal funcionamiento de aquéllos [...] Es, asimismo, un criterio coincidente con el que, desde ya hace tiempo, ha venido aplicándose respecto de una Corte de obligada referencia, la norteamericana [...] Se podrá objetar, con todo, que no es justo o democrático, que sólo un cierto número de litigantes tenga la oportunidad de que la Corte Suprema acepte examinar sus recursos. Pero justicia y democracia requieren del derecho, ante todo, que sea claro y adaptado a las condiciones sociales y a las aspiraciones contemporáneas. Si, para que la jurisprudencia sea así, es necesario cribar los asuntos que serán examinados por la Corte Suprema, esa selección, después que los litigantes fueron juzgados en las instancias anteriores, parece conforme con las exigencias de una justicia desarrollada [...] [Así] las citadas modificaciones a los arts. 280 y 285 del Código Procesal resultan compatibles y adecuadas a la racionalización de sus tareas jurisdiccionales...³¹

³¹ CSJN, Acordada 44/89, consid. 12 y 13.

En torno a casos contenciosos donde se planteó la inconstitucionalidad del artículo 280 del CPCCN, puede mencionarse, en primer lugar, el precedente “Luis Emeterio Rodríguez c/ Carmen Isabel Rodríguez de Schreyer y otro”. En el voto concurrente de los jueces Barra, Belluscio y Boggiano se sostuvo:

La desestimación de un recurso extraordinario por la sola invocación de una norma procesal y sin dar fundamento alguno, no conculca los derechos constitucionales invocados por la recurrente (arts. 14, 16, 17, 18, 28 y 31 de la Constitución Nacional). El artículo 101 [actual 117] de la Constitución prevé el ejercicio de una jurisdicción apelada por la Corte Suprema según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso y no se observa irrazonabilidad en la reglamentación legislativa que comporta la norma cuestionada. Por el contrario, la norma permite al Tribunal ejercer con una mayor eficacia su obligación de hacer justicia por la vía de control de constitucionalidad. El cabal desempeño de esta alta misión torna imperativo desatender los planteos de cuestiones, aun federales, carentes de trascendencia. Asimismo, el art. 280 del código citado permite a esta Corte ejercer su jurisdicción extraordinaria en casos de trascendencia, aun cuando existiera algún obstáculo formal para acceder a la misma. La resolución de temas de notable repercusión institucional no puede quedar vedada al Tribunal por el incumplimiento de requisitos formales por parte de los interesados en casos cuya gravedad precisamente excede los hechos y las personas directamente involucradas.³²

Posteriormente, en la causa “Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios c/ Set Sociedad Anónima”, la Corte Suprema desestimó el planteo constitucional respecto al artículo 280 del CPCCN con el siguiente fundamento:

³² CSJN, *Fallos*: 316:64, 2/2/1993, consid. 3. Asimismo, en el consid. 6 agregó que “... la desestimación de un recurso extraordinario con la sola invocación del art. 280 no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida. Implica, en cambio, que esta Corte ha decidido no pronunciarse sobre la presunta arbitrariedad invocada, por no haber hallado en la causa elementos que tornen manifiesta la frustración del derecho a la jurisdicción en debido proceso”.

... la finalidad más significativa de su nuevo texto es la de destacar el emplazamiento que ella posee en el orden de las instituciones que gobiernan a la Nación, posibilitando que su labor pueda concentrarse en aquellas cuestiones vinculadas con la custodia y salvaguarda de la supremacía de la Constitución Nacional, función que se le ha reconocido desde temprano como la más propia de su elevado ministerio [...] [L]a desestimación de la apelación federal por la sola mención de dicha norma procesal no importa afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida, sino que por no haber hallado en la causa elementos que tornen manifiesta la presunta arbitrariedad invocada este Tribunal decide no pronunciarse sobre el punto no concluyéndose, de ese modo, los derechos constitucionales alegados por el recurrente.³³

Ese criterio fue replicado en fallos posteriores *in rebus*: “Operto, Francisco Orlando c/ Comuna de Lehmann”,³⁴ “Medina, Andrea Alejandra c/ Túñez, José María y otros”³⁵ y “Broda, Roberto Carlos y otros c/ Neuspiller, Nicolás Raúl y otros”.³⁶

Como puede advertirse, la Corte Suprema no encuentra reparos constitucionales a la utilización del *certiorari* en los términos del artículo 280 del CPCCN en tanto reglamentación razonable de la jurisdicción por apelación efectuada por el Congreso Nacional de conformidad con el artículo 117 de la CN y, además, por perseguir una finalidad constitucional legítima, como es la de permitirle abocarse al tratamiento de los asuntos que guardan relación con su más alta función institucional de custodia de la supremacía constitucional.

Ahora bien, en el ámbito interamericano, merece destacarse el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos

³³ CSJN, *Fallos*: 322:3217, 21/12/99, consid. 2 y 3. Es importante destacar las apreciaciones formuladas por el Dr. Vázquez en su voto concurrente sobre el instituto del *certiorari*.

³⁴ CSJN, *Fallos*: 323:86.

³⁵ CSJN, *Fallos*: 325:2431.

³⁶ CSJN, *Fallos*: 330:1579.

Humanos (Corte IDH) en la causa “Mohamed vs. Argentina”. Allí tuvo oportunidad de referirse al artículo 280 del CPCCN de cara a las obligaciones asumidas por los Estados Parte respecto de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

... el hecho de que el recurso haya sido rechazado con base en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación torna en incierta la accesibilidad al mismo puesto que esa disposición habilita la denegatoria no motivada del recurso, de manera que los usuarios de la administración de justicia y, en este caso el señor Mohamed, no pueden conocer las razones por las que no pudieron acceder a esa instancia recursiva.³⁷

Por consiguiente, la Corte IDH concluyó:

... el señor Mohamed no tuvo a su disposición un recurso que, de acuerdo a los estándares del artículo 8.2.h de la Convención Americana, permitiera la revisión de la sentencia que lo declaró culpable y condenó por primera vez en la segunda instancia del proceso penal que se le siguió por el delito de homicidio culposo [...] En consecuencia, [...] el Tribunal ordena al Estado que: a) adopte las medidas necesarias para garantizar al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho de recurrir del fallo condenatorio emitido por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional el 22 de febrero de 1995, de conformidad con los parámetros convencionales establecidos en el artículo 8.2.h de la Convención Americana [...] y b) adopte las medidas necesarias para que los efectos jurídicos de la referida sentencia condenatoria, y en especial su registro de antecedentes, queden en suspenso hasta que se emita una decisión de fondo una vez garantizado el derecho a recurrir según lo indicado en el inciso anterior.³⁸

³⁷ Corte IDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, sentencia del 23 de noviembre de 2012 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 107.

³⁸ Ídem, párr. 152.

V. La profundización de la jurisdicción discrecional de la CSJN: del *certiorari* negativo al *certiorari* positivo

Luego de treinta años de sancionada la ley 23.774, aún persisten los problemas que acuciaban a la CSJN y que justificaron, a criterio del Congreso Nacional, la incorporación del mecanismo de *certiorari* negativo. La idea de reducir el número de causas que llegan al Máximo Tribunal a efectos de centrar su actuación en casos de trascendencia pública no se ha logrado materializar. Tal afirmación se constata con los datos estadísticos sobre sentencias publicados por la Corte Suprema. Por ejemplo, las causas ingresadas entre 2013 y 2016 promediaron las 16.000 al año. En 2017 registraron una caída y en 2018 pasaron a 27.970 a raíz de los reclamos por reajustes jubilatorios. En 2018, la Corte Suprema dictó 6814 sentencias e hizo uso de las atribuciones contempladas en el artículo 280 en 2838 sentencias y en 2019, dictó 7246 sentencias, y aplicó la fórmula del artículo 280 en 2.381.³⁹

Múltiples son las razones que podrían ensayarse para justificar la inidoneidad del *certiorari* como mecanismo de filtro de las causas arribadas a la CSJN, pero, siguiendo a Alberto Bianchi, la respuesta se encuentra en la modalidad de trabajo interno de la Corte Suprema. En efecto, “la Corte transmite al litigante formalmente como si fuera discrecional, pues la sentencia se limita a invocar el art. 280 del CPCCN. Pero detrás de ese pronunciamiento hay un estudio exhaustivo del caso, con el consiguiente tiempo que ello insume”; por tanto, “... internamente la decisión de la Corte no es discrecional”.⁴⁰

³⁹ Interesante resulta comparar estos números con los de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (de quien tomamos la herramienta del *certiorari*). En el período 2019-2020, el citado Tribunal concedió 71 *certioraris*, de los cuales fueron efectivamente decididos 57 a la fecha, y se espera resolver 2 más para fines de este año. Se pospuso el tratamiento de 12, para el período 2020-2021, a causa de la pandemia

⁴⁰ BIANCHI, A. B., “¿Ha fracasado el *certiorari*?”, La Ley 2004-A, 1381 - Sup. E. Emerg. Económica y Rec. Extraordinario 2003 (diciembre), 4/12/2003. Allí, además, señala que “Con el *certiorari* en la Argentina ha ocurrido lo que se ha experimentado también en otros campos. Hemos

Pues bien, una tendencia menos explorada en la jurisprudencia de la Corte Suprema y completamente ausente en el ámbito legislativo está dada por la variante del *certiorari* positivo o de admisión. Este instituto fija la posibilidad de admitir un recurso extraordinario federal –aun carente de los requisitos propios de admisibilidad– frente a casos considerados de suma trascendencia por la CSJN. En otras palabras, a través de este mecanismo se facilita el acceso de una determinada causa al Máximo Tribunal en función de su trascendencia o sustancialidad. Ello, lleva a concluir que “... las cuestiones federales ya no sólo son cuestiones de Derecho, sino inclusive, cuestiones de hecho, de prueba, de Derecho común o de Derecho local, o cuestiones de índole procesal, que configuran pronunciamientos insostenibles a la luz de las previsiones del artículo 31 [CN]...”⁴¹ y que tienen en común la presencia de la trascendencia como recaudo final para habilitar su conocimiento ante la Corte Suprema.

De esta manera, la admisión y el reconocimiento de la trascendencia del caso se desenvuelven en el campo de la jurisdicción extraordinaria discrecional, lo que permite a la Corte Suprema “... autohabilitarse para entender en determinados asuntos de índole constitucional, institucional, social, comunitario, económico, etc., sin atarse a las estrictas reglas formales del recurso extraordinario, teniendo en consideración la derivación de algunos de los invocados motivos”.⁴²

adoptado un sistema importado, pero no hemos cambiado los comportamientos necesarios para darle auténtica vigencia y eficacia. Ha faltado el cambio cultural que en este caso consistía en adaptar el funcionamiento interno de la Corte a la nueva realidad normativa. Por ello se ha logrado un resultado meramente formal. La sentencia que reciben las partes, formalmente, es un pronunciamiento discrecional, esto es, carente de fundamentos. El litigante recibe así lo malo del sistema. Pero en lo interno, la Corte ha continuado resolviendo todos los casos por el fondo. Ello ha impedido que se produzcan los beneficios del sistema, es decir, la reducción de la carga de tarea del tribunal. En síntesis, tenemos lo malo del sistema pero no lo bueno”.

⁴¹ ROJAS, Jorge A., “Gravedad institucional, ‘per saltum’ y ‘certiorari’”, en FALCÓN, Enrique M. (dir.). *Tratado de derecho procesal constitucional*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 766.

⁴² LEGARRE, Santiago, *El requisito de trascendencia en el recurso extraordinario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, cit. por PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “El recurso extraordinario federal”,

No obstante la falta de reconocimiento legal de la doctrina del *certiorari* de admisión, la jurisprudencia de la CSJN la ha articulado frente a diferentes supuestos. En la causa “Juan Ramón Rodríguez c/ Cía. Embotelladora y otro”, si bien no se encontraban cumplidos los requisitos del recurso extraordinario federal, la Corte aplicó el *certiorari* positivo para resolver el fondo de la cuestión a partir de sus facultades reconocidas en el artículo 16 de la ley 48. En tales condiciones, señaló lo siguiente:

... la cuestión a decidir reviste [...] significativa importancia para el desarrollo del comercio interno e internacional, suscitando cuestión federal trascendente [...] Procede, por ello, y con el propósito de afianzar la seguridad jurídica, que esta Corte resuelva el fondo del asunto [...] en uso de la facultad que le concede el art. 16 de la ley 48.⁴³

Asimismo, en la conocida causa “Ekmekdjian c/Sofovich”, los jueces Petracchi y Moliné O’Connor, en su voto disidente, manifestaron que el artículo 280 del CPCCN “no debe ser entendido como un medio que sólo consiente la desestimación de los recursos que no superen sus estándares...”.

... deberá reconocerse, al unísono, que esa disposición también habilita a considerar admisibles las apelaciones que entrañen claramente cuestiones de trascendencia no obstante la inobservancia de determinados recaudos formales a efectos de que el rito de los procedimientos no se vuelva un elemento frustratorio de la eficiencia con que dicho rol debe desenvolverse.⁴⁴

Por añadidura, en el caso “Serra”, la Corte Suprema hizo referencia al instituto del *certiorari* de admisión al manifestar lo siguiente:

en MANILI, Pablo (dir.), *Tratado de derecho procesal constitucional argentino, comparado y transnacional*, Buenos Aires, La Ley, p. 420.

⁴³ CSJN, Fallos: 316:713.

⁴⁴ CSJN, Fallos: 315:1492.

... existe mérito suficiente para habilitar esta instancia a luz de la interpretación dada en su oportunidad a los alcances de la reforma introducida al art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [...] La reforma tiende, pues, a reforzar el criterio de especialidad que orienta a las funciones de este tribunal, al hacerle posible ahondar en los graves problemas constitucionales y federales que se encuentran entrañablemente ligados a su naturaleza institucional.⁴⁵

A la luz de la jurisprudencia expuesta, y por vía de una interpretación *a contrario sensu* del artículo 280 del CPCCN, la Corte Suprema admitió recursos extraordinarios aun frente a la falta de requisitos de admisibilidad exigibles cuando se verifica una extrema trascendencia o urgencia. No obstante ello, no puede sostenerse que exista una tendencia jurisprudencial admisoria de la doctrina del *certiorari* positivo,⁴⁶ siendo la doctrina de la arbitrariedad y la gravedad institucional las herramientas procesales que el Máximo Tribunal utiliza con mayor frecuencia para ampliar su jurisdicción por apelación.⁴⁷

De esta manera, siguiendo a Santiago (h), de prosperar la tendencia del *certiorari* de admisión, no sería ya la cuestión federal el concepto central del recurso extraordinario, sino que pasaría a ser el de trascendencia. Por lo tanto, la introducción del *certiorari* en nuestro sistema procesal constitucional trajo aparejada la posibilidad del rechazo infundado de los recursos extraordinarios que a juicio de la Corte carezcan de trascendencia, la flexibilización de los requisitos formales del recurso extraordinario en las causas que tengan trascendencia y la

⁴⁵ CSJN, *Fallos*: 316:2454, consid. 4.

⁴⁶ Al respecto, Legarre sostiene que "... la Corte Suprema ha moderado notablemente el uso expreso del '*certiorari* positivo' en sus distintas variantes. De todos modos, conviene señalar que el criterio de la trascendencia sigue siendo empleado en la actualidad en su sentido 'positivo' como termómetro para la calificación de cierto tipo de casos a los que se asigna un tratamiento especial". LEGARRE, Santiago, "*El certiorari*", ob. cit., p. 721.

⁴⁷ HOCKL, María Cecilia y DUARTE, David, *Competencias y Atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Legis Argentina, 2006, p. 438.

posibilidad de la Corte de conocer en temas de derecho común, para establecer un criterio único en cuestiones que tengan trascendencia y en donde exista una jurisprudencia encontrada, a fin de garantizar la seguridad jurídica.⁴⁸

En esta línea de pensamiento, la reforma judicial orientada al establecimiento de modificaciones en el funcionamiento institucional de la CSJN debería expresamente incorporar el instituto procesal del *certiorari* positivo o de admisión como mecanismo procesal de selección de causas que arriban al Máximo Tribunal a fin de permitirle descomprimir la cantidad de trabajo⁴⁹ y fortalecer un modo de organización de la competencia por apelación. Tal modificación legislativa es necesaria dado que el artículo 280 del CPCCN no fue diseñado por el legislador como mecanismo de admisión del recurso extraordinario. En efecto, este artículo faculta a la CSJN a desestimar recursos extraordinarios, pero no a admitirlos. Si bien en los supuestos donde se ha utilizado esta modalidad de *certiorari* se invocó expresamente el artículo 280 CPCCN, dicho marco legal resulta manifiestamente inapropiado y lo torna cuestionable desde el punto de vista jurídico.

De otra forma, cuando la CSJN utilizó el *certiorari* de admisión sin invocación expresa del artículo 280 del CPCCN, lo hizo a partir de la doctrina de la gravedad institucional, lo cual puede dar a entender que este mecanismo fundado en la trascendencia está íntimamente vinculado con el supuesto de gravedad institucional –que es para casos muy extraordinarios–.

⁴⁸ SANTIAGO (h), A., *La Corte Suprema y el control político...*, ob. cit., p. 155.

⁴⁹ Baum destaca que, en líneas generales, el incremento de causas en los tribunales superiores obedece a varias razones, entre las cuales, es posible mencionarse las siguientes: un aparente incremento en la conciencia de derechos en la ciudadanía que llevó a muchas personas a iniciar más reclamos legales, el desarrollo de grupos de interés que asisten a los litigantes en la promoción de acciones judiciales, el crecimiento masivo de las actividades del gobierno federal que ha producido más normas y más controversias jurídicas, y las respuestas positivas de los tribunales a las demandas iniciadas contra las acciones gubernamentales por violación a derechos civiles, entre otros. BAUM, Lawrence, *The Supreme Court*, Twelfth Edition, SAGE CQ Press, Ohio State University, 2016, p. 96.

No obstante ello, la trascendencia es un concepto jurídico indeterminado mucho más amplio que la gravedad institucional; por ende, un caso contencioso puede revestir la suficiente trascendencia para abrir la jurisdicción por apelación de la Corte Suprema sin la necesidad de encuadrarla en un supuesto de gravedad institucional.

En la práctica, la Corte Suprema ha logrado remover todos los requisitos procesales del recurso extraordinario federal a través de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia y la gravedad institucional. Es momento de reconocer que cuantitativa y cualitativamente la discrecionalidad se ha convertido en la regla de actuación del Máximo Tribunal⁵⁰, más allá de los supuestos reglados de competencia originaria. De allí que la reforma judicial debería encaminarse a fortalecer esa jurisdicción discrecional de la Corte Suprema a fin de otorgarle la necesaria flexibilidad para cumplir su misión institucional como poder del Estado y ser uno de los árbitros principales de la comunidad que gobierna.⁵¹

La incorporación legislativa del instituto del *certiorari* de admisión contribuiría a realizar tal propósito a través de la elección de un pequeño número de casos en virtud de la regla de la trascendencia para ser tratados a lo largo del año judicial. No se trata de definir un número fijo o determinado de casos, sino de que la energía del Tribunal debe conducirse a la mejora cualitativa del tratamiento de las causas en función de los escasos recursos humanos y materiales con los que se cuentan. Tampoco se trata de definir legislativamente el concepto de trascendencia que habilite el acceso del caso a la CSJN⁵², ya que parte de la

⁵⁰ BIANCHI, A. B., *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1992, T. 2, p. 347.

⁵¹ Ídem, p. 349.

⁵² Sola explica que, en la selección de casos, los jueces pueden estar motivados por dos preocupaciones distintas: 1) la fidelidad a los criterios basados en reglas explícitas establecidas o 2) la preocupación ideológica o estratégica sobre el resultado de los méritos de cada caso. En esta segunda categoría se incluyen las preocupaciones sobre si el caso fue

discrecionalización de su jurisdicción⁵³ está dada por delegarle la facultad de definir cuándo un caso tiene la trascendencia suficiente para ser admitido. En definitiva, quien se encuentra en mejor posición institucional para determinar este extremo es la propia Corte Suprema.

Ahora bien, como mencionamos más arriba, la incorporación del *certiorari* de admisión debería ser acompañada de otra serie de reformas internas en el funcionamiento cotidiano de la CSJN, ya que, de lo contrario, sucederá lo mismo que con la incorporación del *certiorari* negativo en el artículo 280 del CPCCN hace treinta años. La forma de organización interna del trabajo debería modificarse orientándose a la selección de casos para tratarse a lo largo del año judicial y todos los recursos humanos y materiales del Máximo Tribunal deberán abocarse al tratamiento de las causas seleccionadas. El resto de las causas ingresadas, por *default*, quedarán desestimadas sin más trámite interno.

Asimismo, dado que el requisito que se tuvo en mira al momento de admitir el caso fue la trascendencia suficiente, resultará conveniente que, previo a adoptar la decisión final, la Corte Suprema realice audiencias públicas a fin de elevar la calidad institucional de sus sentencias y generar un espacio de participación ciudadana y difusión pública de la eficacia y objetividad

correcta o incorrectamente decidido por el tribunal inferior y si es probable que sea correcta o incorrectamente decidido por la Corte Suprema si el examen plenario se concediera. SOLA, Juan Vicente, *La Corte Suprema de Justicia. El nuevo proceso constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 156. Por su parte, Taruffo sostiene que una corte debería tener la capacidad de efectuar una fuerte selección de los recursos que le sean dirigidos, no sólo y no tanto con el fin de reducir su propia carga de trabajo, y ni siquiera con el fin de consolidar e imponer su propia jurisprudencia, sino tomando en consideración la naturaleza y la importancia de las cuestiones de Derecho promovidas, y evaluando la oportunidad de intervenir autoritativamente sobre tales cuestiones. TARUFFO, Michele, MARINONI, Luiz Guilherme y MITIDIERO, Daniel (coords.), *La misión de los tribunales supremos*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 249.

⁵³ Bianchi señala que la discrecionalización de la jurisdicción de la Corte puede analizarse en diversas cuestiones, por ejemplo, la doctrina de las cuestiones políticas, la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, la doctrina de la gravedad institucional, el empleo del recurso *per saltum*, la flexibilidad del concepto de sentencia definitiva, la reforma del art. 280 del CPCCN y uso del *certiorari* negativo y positivo. BIANCHI, A. B., *Control de constitucionalidad...* ob. cit., p. 314.

de la administración de justicia que realiza el tribunal.⁵⁴ De esta manera, se otorgará previsibilidad y seguridad jurídica a la actividad desplegada por el Máximo Tribunal en pos de garantizar la supremacía normativa constitucional.

En otro orden de cosas, el reconocimiento legal expreso del *certiorari* positivo tendrá consecuencias sobre el ejercicio profesional de la abogacía en el entendimiento de que, al momento de interponer el recurso extraordinario federal, el/la abogado/a, más que preocuparse por explicar el error del tribunal inferior en la interpretación del derecho federal involucrado en el caso, deberá concentrarse en persuadir a la Corte Suprema acerca de su trascendencia a fin de que los incorpore en su lista de casos seleccionados para ser resueltos. Esta trascendencia, por ejemplo, podrá verse reflejada en la necesidad de que el Máximo Tribunal intervenga en una determinada área del derecho a través de un pronunciamiento que imponga su autoridad, o en la demostración del impacto nacional que tendrá la sentencia por dictarse, o en la necesidad de uniformar la jurisprudencia en materia de derecho federal ante diversas interpretaciones en conflicto en tribunales inferiores, entre otros.

Esta propuesta es conteste con recientes posicionamientos de la Corte Suprema en cuanto a su labor institucional como poder del Estado de cara al cumplimiento de su objetivo más alto de custodiar la supremacía de la Constitución Nacional. A continuación, referimos a una serie de precedentes en los que la CSJN efectuó importantes consideraciones al respecto.

En la causa “Itzcovich”, la CSJN declaró la inconstitucionalidad del artículo 19 de la ley 24.463, que establecía un recurso ordinario de apelación, cualquiera fuera el monto del juicio, contra la sentencia definitiva de la Cámara Federal de la Seguridad Social. Para decidir de tal manera, expresó lo siguiente:

... la evidencia empírica [...] demuestra que la vigencia del procedimiento establecido por el art. 19 en cuestión

⁵⁴ CSJN, Acordada 30/07.

ha tenido como consecuencia una gran expansión en el ámbito de competencia de la Corte, tanto en el aspecto cuantitativo como en la diversidad de temas fácticos y jurídicos que ha debido abordar, con la consiguiente alteración del rol que venía cumpliendo como intérprete final de la Constitución Nacional para adaptar su funcionamiento, cada vez en mayor medida, al de un tribunal de instancia común.⁵⁵

Por añadidura, arguyó:

Si bien es cierto que hasta el presente la Corte acató la jurisdicción reglada que el Poder Legislativo le ha asignado mediante el recurso en cuestión, ello no la inhabilita para declarar que la disposición impugnada, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido indefendible, pues no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción y en su aplicación práctica compromete el rol institucional del máximo tribunal y causa graves perjuicios a los justiciables en una etapa de la vida en que la tutela estatal resulta imprescindible.⁵⁶

De esta manera, concluyó:

El art. 19 de la ley 24.463 carece actualmente de la racionalidad exigida por la Ley Fundamental y por ello debe declararse su invalidez, toda vez que cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la ley en que se encuentra inserto o bien su aplicación torna ilusorios aquéllos, de modo tal que llegue, incluso, a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional, es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal, pues precisamente esa función moderadora constituye uno de los fines supremos del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que

⁵⁵ CSJN, *Fallos*: 328:566, consid. 8.

⁵⁶ CSJN, *Fallos*: 328:566, consid. 10.

éste cuenta para asegurar los derechos contra los posibles abusos de los poderes públicos.⁵⁷

En la causa “Barreto”, la CSJN abandonó la generalizada calificación del concepto de “causa civil” que venía aplicando a los efectos de determinar la competencia originaria en casos de responsabilidad extracontractual de los Estados provinciales. A fin de justificar tal decisión, el Máximo Tribunal explicó que el criterio empleado para definir la “causa civil” implicó:

... una significativa expansión en el ámbito de la competencia originaria del Tribunal de procesos de esta naturaleza, caracterizados por una gran diversidad de temas fácticos y jurídicos concernientes a la responsabilidad patrimonial de los Estados de provincia por la llamada falta de servicio, o regulados por el derecho común y el derecho público local, con la consecuente afectación de los siempre limitados recursos humanos y materiales existentes que en gran medida están siendo destinados al conocimiento y decisión de asuntos que, por su naturaleza y más allá de su fuente, son ajenos a la trascendente e insustituible atribución institucional de

⁵⁷ CSJN, *Fallos*: 328:566, consid. 13. Importante es destacar lo sostenido, en su voto concurrente, por los Dres. Maqueda y Zaffaroni respecto de la constitucionalidad del art. 19 de la ley 24.463: “no puede negar la evidencia empírica que demuestra que la vigencia del procedimiento establecido en el art. 19 de la ley 24.463 ha tenido, principalmente, dos consecuencias. Por un lado, ha implicado una evidente expansión del ámbito de competencia de esta Corte, tanto en el aspecto cuantitativo como en el cualitativo, con la consiguiente alteración del rol que hasta entonces venía cumpliendo. En tal sentido, resultan elocuentes los datos estadísticos del Tribunal relativos a la gran cantidad de recursos ordinarios interpuestos con fundamento en el citado art. 19, así como la diversidad de temas fácticos y jurídicos debatidos y resueltos por esa vía. De hecho y como es obvio, la consideración de esos recursos en instancia ordinaria exige un entramado de ponderaciones casuísticas que contrasta con el alto rol institucional que corresponde al máximo órgano judicial en orden federal; lo cual supone que el Tribunal deba modificar su funcionamiento adaptándolo, en la importante medida que lo viene exigiendo el caudal de recursos ordinarios, al de un tribunal de instancia común. Ello necesariamente conspira contra el debate racional que debería desplegarse en los acuerdos sobre los aspectos más relevantes de la vida jurídica nacional, el cual queda restringido a las resultas de las avalanchas de planteos por vía ordinaria sobre temáticas que, como regla y por su naturaleza, deben considerarse en principio ajenas a su competencia revisora” (consid. 11).

este Tribunal como intérprete final de la Constitucional Nacional y custodio último de las garantías superiores reconocidas en dicha Ley Suprema.⁵⁸

Asimismo, argumentó:

Frente a lo expresado en torno a la impostergable necesidad de preservar y fortalecer el rol institucional correspondiente a esta Corte, se impone un nuevo y prudente examen del ámbito de aplicación de este capítulo temático en especial de su competencia originaria que, con base en una razonable interpretación que arraigue objetivamente en el texto normativo en juego y en la amplitud de opiniones fundadas que permite [...], se incline por la alternativa de mayor rigurosidad que, a la par de dejar en el ámbito de la jurisdicción originaria del Tribunal un núcleo de asuntos nítidamente previsto por la Ley Fundamental, permita atenderlo de modo compatible con el responsable ejercicio de otras atribuciones que hacen de modo directo a las altas funciones jurisdiccionales subrayadas con anterioridad, que de modo indelegable corresponden a este Tribunal en su condición de Supremo. De ahí, pues, la imperiosa necesidad de revisar un criterio que, sostenido en una hermenéutica posible y fundada, se muestra como gravemente inconveniente en su aplicación actual. No debe olvidarse que a este Tribunal no incumbe emitir juicios históricos, ni declaraciones con pretensión de perennidad, sino proveer justicia en los casos concretos que se someten a su conocimiento.⁵⁹

Por último, manifestó lo siguiente:

La interpretación que postula este pronunciamiento se exhibe en las actuales circunstancias como valiosa en grado sumo, pues a la par que armoniza y concilia los legítimos intereses de los particulares a ser juzgados con imparcialidad con el debido respeto a las autonomías

⁵⁸ CSJN, *Fallos*: 329:759, consid. 5.

⁵⁹ *Ibidem*.

provinciales, tiene esencialmente en miras –sin prescindir de la competencia examinada– profundizar los instrumentos apropiados para mejorar el funcionamiento de esta Corte, concentrando sus decisiones de modo preferente en el responsable ejercicio de su jurisdicción constitucional más eminente y de mayor trascendencia institucional.⁶⁰

Más cerca en el tiempo, en la causa “Anadon”, la CSJN declaró la inconstitucionalidad del artículo 24, inciso 6, apartado a, del decreto-ley 1285/58, que preveía el recurso ordinario de apelación contra las sentencias definitivas de las cámaras nacionales de apelaciones cuando el Estado Nacional es parte y el monto disputado en la causa supera un importante monto de dinero.

Existen razones de trascendencia, tendientes a preservar y fortalecer el rol institucional de la Corte, que justifican la utilización de un riguroso criterio hermenéutico de los supuestos que dan lugar a su competencia apelada, para que de este modo lleve a cabo una profundización del ejercicio de su jurisdicción constitucional más eminente. A tales fines, se deben dejar de lado aquellos casos que, al amparo de una regla interpretativa diversa de la enunciada o de entronizar principios infraconstitucionales, desnaturalicen la función constitucional del Tribunal.⁶¹

En este contexto, la Corte Suprema evaluó la razonabilidad de la norma a la luz de las nuevas y diversas problemáticas que fueron llevadas a conocimiento de la Corte y sostuvo:

... la vigencia del recurso ordinario de apelación debe evaluarse a la luz de la interpretación contemporánea de las funciones de esta Corte que surge tanto de su jurisprudencia como de la legislación dictada por el Congreso de la Nación, y teniendo en especial consideración la necesidad de fortalecer los mecanismos de control de constitucionalidad que aseguren la supremacía de la

⁶⁰ CSJN, *Fallos*: 329:759, consid. 6.

⁶¹ CSJN, *Fallos*: 338:724, consid. 10.

Constitución Nacional con vistas a “afianzar la justicia” [...] por su naturaleza misma; el recurso ordinario [...] constituye un ámbito de expansión de la competencia de esta Corte –tanto en el aspecto cuantitativo como en la diversidad de temas fácticos y jurídicos– que prescinde del criterio de trascendencia señalado. La admisibilidad basada en el valor económico del pleito, en tanto permite someter casos al Tribunal sin acreditar una cuestión de derecho federal, se encuentra en abierta contraposición con las señaladas funciones de esta Corte [...] En efecto, la Corte Suprema debe fallar todos los asuntos en que pueda estar comprometido algún principio constitucional, sin que estas cuestiones se midan por la cantidad de dinero que puedan importar, porque un caso en el que esté en juego una suma muy elevada puede depender de una norma de derecho común, mientras que una cuestión de unos pocos centavos, puede afectar todo el sistema de la propiedad y quizás todo el sistema constitucional. Por consiguiente, nunca puede servir el criterio de la cantidad, sino el de la calidad de las causas. Considerando el requisito económico como lo hace la legislación impugnada, el recurso ordinario se apoya entonces en un criterio que no tiene hoy cabida dentro del rol constitucional de este Tribunal.⁶²

De la jurisprudencia señalada se desprende que, a fin de preservar y fortalecer el rol institucional de la Corte incardinado en la interpretación y salvaguarda final de las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional, la CSJN estará dispuesta a desconocer la jurisdicción reglada que el Poder Legislativo estableció mediante diversos recursos cuando éstos comprometan el mentado rol institucional, particularmente, referido a la vigencia de los derechos fundamentales y el sistema representativo, republicano y federal.

Asimismo, la importancia de la sentencia recaída en “Anadon” radica en que la CSJN reconoce explícitamente que “la

⁶² CSJN, *Fallos*: 338:724, consid. 6 y 17.

trascendencia para delimitar su tarea gobierna la jurisdicción del Tribunal”,⁶³ la cual supone la resolución de controversias que exigen “... una dedicación muy especial del Tribunal a sus competencias de derecho federal, con el objeto de mantener la racionalidad de la agenda de casos que debe examinar y sentenciar”⁶⁴. Como consecuencia de ello, la trascendencia de la resolución de dichos conflictos...

... exige abrir –para intentar llegar a una respuesta socialmente aceptable en el marco de un principio de cooperación con los otros poderes del Estado– canales de diálogo institucionales impensados hace más de un siglo como lo constituyen la realización de audiencias públicas para lograr... [y] la introducción de la figura del *amicus curiae* ante los estrados de la Corte para “enriquecer la deliberación en cuestiones institucionalmente relevantes, con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico”...⁶⁵

VI. El *certiorari* positivo como herramienta estratégica para la realización de las funciones institucionales de la CSJN

Germán Bidart Campos sostenía que la Corte Suprema es, al mismo tiempo, la cabeza de uno de los poderes del Estado y un tribunal de garantías de los derechos humanos fundamentales. Es un poder del Estado porque tiene a su cargo el ejercicio de una función de poder, cual es la administración de justicia o jurisdicción⁶⁶; y es tribunal de garantías constitucionales dado que le está confiado defender la Constitución en todas sus partes, pero primordialmente cuando se roza más de cerca la

⁶³ CSJN, *Fallos*: 338:724, consid. 14.

⁶⁴ CSJN, *Fallos*: 338:724, consid. 13.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., *La Corte Suprema: El tribunal de las garantías constitucionales*, actualizado por Pablo L. Mainili, Buenos Aires, Ediar, 2010, p. 8.

esencia íntima de la dignidad humana, de su libertad, de sus derechos.⁶⁷

Bajo este paraguas, se ha sostenido que la estructura judicial observa tres funciones capitales: 1) decidir conflictos, tanto en su jurisdicción por apelación ordinaria como en la originaria; 2) jurisdicción constitucional, en la que tiene lugar el control judicial de constitucionalidad; y 3) el autogobierno, potestad hoy en concurrencia con el Consejo de la Magistratura.⁶⁸ En tales condiciones, la Corte Suprema...

... debe participar de la configuración de los asuntos públicos, entendidos conscientemente como cuestión judicial. Es, pues, un poder que debe gobernar y un tribunal que debe ejercer la más alta investidura jurisdiccional, especialmente preparado y preocupado para dar la última palabra sobre la materia constitucional.⁶⁹

En consecuencia, estas funciones institucionales no podrían llevarse a cabo sin los mecanismos procesales adecuados. En este sentido, el empleo del *certiorari* de admisión permitiría a la CSJN concentrar sus recursos y atención –siempre escasos– en aquellas controversias cuya trascendencia institucional exceda el mero interés de las partes intervinientes proyectándose en la comunidad toda.⁷⁰ El trabajo de selección de casos

⁶⁷ Ídem, p. 5.

⁶⁸ FERRERYA, Raúl G., “Corte Suprema de Justicia Argentina y control de constitucionalidad. Vicisitudes y retos del papel institucional del tribunal”, en CARBONELL, Miguel (Coord.), *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 485.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Resulta útil traer a colación la imagen utilizada por Wasby para explicar la competencia discrecional de la Corte Suprema. En este sentido, explica que la facultad del Tribunal para escoger y seleccionar casos “... la convierte en un pescador de causas; la Corte no puede poner un pez en el arroyo: es decir, no puede crear un pleito donde no existe, pero puede estimular a que otros alimenten al arroyo con sus pautas para admitir la revisión o las afirmaciones de sus jueces alienten el litigio para resolver cuestiones aun no decididas o no interpuestas con frecuencia. Al cambiar los pescadores (los jueces), también pueden variar quienes alimentan los arroyos [...] En resumen, la actividad de la Corte puede incrementar el nivel de nutrientes para unos peces más que para otros, mientras que para otro tipo de

que realice el Máximo Tribunal estará directamente relacionado con su capacidad institucional de decidir cualitativamente bien, de gerenciar oportuna y eficazmente el pasivo judicial que debe enfrentar, y la construcción de cierta legitimidad de cara a las sociedades democráticas. En palabras de la Corte Suprema, el ejercicio de la jurisdicción constitucional guarda relación con el objetivo de “... mantener la racionalidad de la agenda de casos que debe examinar y sentenciar...” para “... no entorpecer el responsable ejercicio de las atribuciones constitucionales que la Ley Suprema ha encomendado a este Cuerpo en los asuntos que corresponde a su jurisdicción más eminente...”.⁷¹

Puede advertirse, entonces, que la seleccionabilidad de casos a través de la utilización del *certiorari* de admisión, en función de la trascendencia o el interés institucional suficiente, constituye una verdadera herramienta estratégica utilizable por la CSJN para fijar precedentes en determinadas direcciones y el envío de señales a los restantes poderes políticos, a la ciudadanía y al ámbito profesional y académico del derecho. Esta libertad de configuración de su propia agenda opera “... en la intersección entre el derecho y la política, para acomodar más fácilmente las múltiples dimensiones del caso que incluyen el desarrollo normativo y el juego político”.⁷² Por añadidura, más allá de la oportunidad legal de tomar acciones estratégicas, esta selección en el trabajo le permitirá a la Corte Suprema estar al frente de las nuevas tendencias en el litigio constitucional y permanecer flexible en la respuesta a los cambios.

El definitiva, el posicionamiento presentado no es más que reforzar la inveterada noción de que las cuestiones procesales

causas la Corte puede suministrar una ‘lluvia ácida’ para matar –o al menos reducir– cierto tipo de peces, si bien puede llevar un tiempo considerable antes que la acción de la Corte tenga efecto”. WASBY, Stephen L., *La Suprema Corte en el sistema judicial federal*, trad. Patricia Bermejo, La Plata, Librería Editora Platense, 4ª ed., 2003, pp. 340-341.

⁷¹ CSJN, “Machuca, Ismael Ramón y otros c/ Santa Cruz, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo ley 16.986”, 6/8/2020, consid. 5.

⁷² SOLA, Juan Vicente, *La Corte Suprema de Justicia. El nuevo proceso constitucional...*, ob. cit., p. 159.

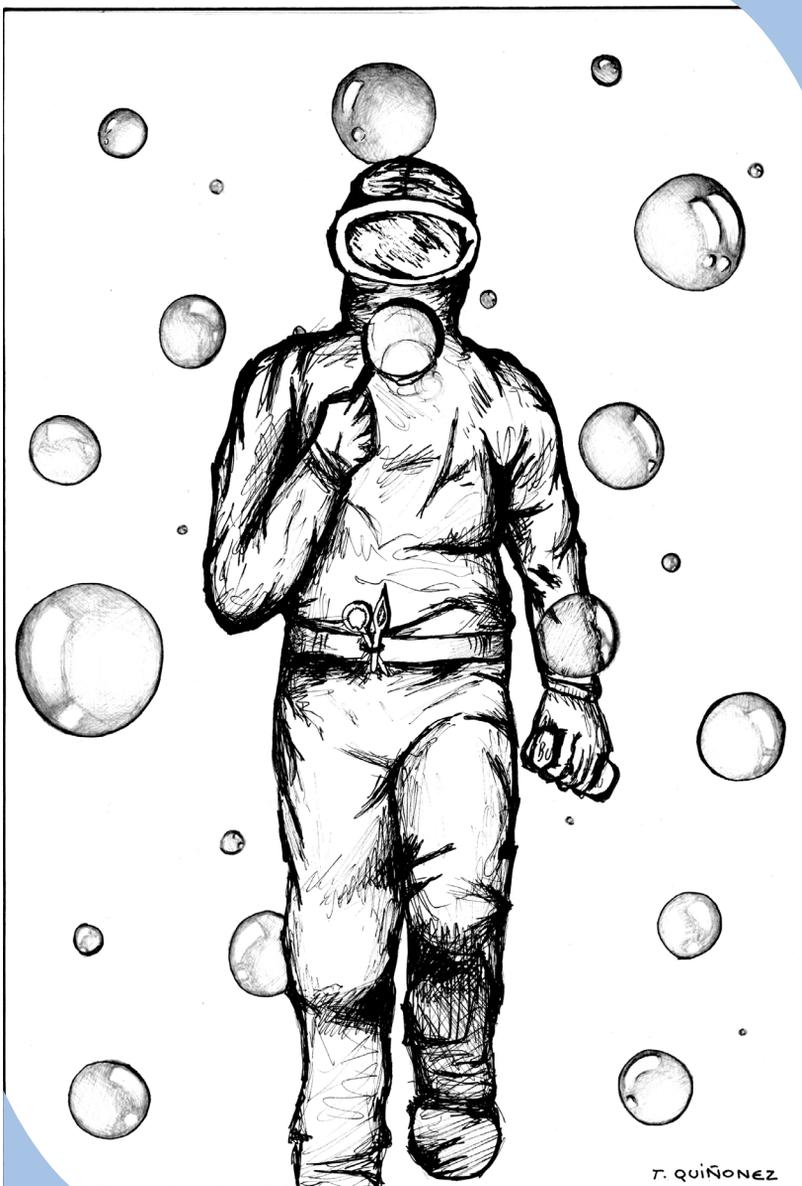
no constituyen un fin en sí mismo, sino que deben servir a la realización de los más altos objetivos materiales. Sobre el particular, los mecanismos procesales de acceso a la Corte Suprema deben coadyuvar a la realización de las misiones institucionales que aquella está llamada a cumplir. La supremacía constitucional, la estabilidad, la coherencia, la previsibilidad jurídica y la vigencia irrestricta de los derechos fundamentales no tendrán lugar si no se abren los cauces jurídicos a través de los cuales puedan hacerse efectivos. Un tribunal superpoblado de expedientes, sin un mecanismo claro de seleccionabilidad de casos y sin capacidad para determinar su propia agenda no cumplirá su función más eminente de administrar justicia, y pondrá en jaque su *status* de cabeza de la Justicia Federal. Es deber de todos los poderes del Estado, en particular del Congreso Nacional, cooperar para que en nuestro país sea posible una administración de justicia eficiente, eficaz y previsible.

Bibliografía

- Baum, Lawrence (2016) *The Supreme Court*. Ed. SAGE CQ Press. Ohio
- Bianchi, Alberto (1992) *Control de constitucionalidad*. Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires.
- (1994) *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Análisis de los mecanismos procesales que hoy emplea la Corte argentina*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires.
- Bidart Campos, Germán (2010) *La Corte Suprema: El tribunal de las garantías constitucionales*. Editorial Ediar. Buenos Aires.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) *Mobamed vs. Argentina*. Sentencia. En línea en: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=233&lang=es
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2009) *Nestle Argentina S.A. c/ Buenos Aires, provincia de s/acción declarativa de certeza* En línea en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=676929&cache=1564359117963>

- Ferrerya, Raúl (2004) “Corte Suprema de Justicia Argentina y control de constitucionalidad. Vicisitudes y retos del papel institucional del tribunal”, en *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. CDMX
- (2015) *Fundamentos Constitucionales*. Editorial Ediar. Buenos Aires
- Garay, Alberto (1990) *Comentario sobre las reformas al recurso extraordinario*. Editorial La Ley. Buenos Aires
- Gelli, María Angélica (2008) *Constitución de la Nación Argentina: Comentada y concordada*. Editorial La Ley. Buenos Aires
- Hockl, María Cecilia y Duarte, David (2006) *Competencias y Atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Editorial Legis Argentina. Buenos Aires
- Manili, Pablo (2014) *Teoría constitucional*. Ed. Hammurabi. Buenos Aires
- Morello, Augusto (1985) *El certiorari, aproximación al modelo de los EE.UU. de América*. Editorial La Ley. Buenos Aires
- Legarre, Santiago (1994) *El requisito de trascendencia en el recurso extraordinario*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires
- (2010) “El certiorari”, en *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires.
- Rojas, Jorge (2010) “Gravedad institucional, ‘per saltum’ y ‘certiorari’”, en *Tratado de derecho procesal constitucional*. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe
- Sagüés, Néstor (2013) *Recurso extraordinario*. Editorial Astrea. Buenos Aires
- Santiago, Alfonso (1998) *La Corte Suprema y el control político*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires.
- Taruffo, Michele, Marinoni, Luiz Guilherme y Mitidiero, Daniel (2016) *La misión de los tribunales supremos*. Editorial Marcial Pons. Madrid.
- Wasby, Stephen (2003) *La Suprema Corte en el sistema judicial federal*. Ed. Librería Editora Platense. La Plata
- Ymaz, Esteban y Rey, Ricardo (2000) *El recurso extraordinario*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires.

TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO



La trata de personas: La codificación de un delito entorpecido por un lenguaje poco preciso

Human trafficking: Coding a crime hampered by imprecise language

Sofía Marina Lisé¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 493-532

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e432>

Recibido: 01/04/2020

Aprobado: 15/09/2020

I. Introducción

Durante años, la trata de personas, a pesar de considerarse uno de los delitos más importantes y antiguos de la sociedad, ha sido pasada a un segundo plano en la codificación de nuestro código penal dejando como consecuencia una redacción inconsistente e incompleta. Y es que resulta incomprensible cómo es que un delito que atenta a los principales derechos humanos pueda ser pasado desapercibido a lo largo de la historia penal y social de nuestro país, y que haya comenzado a tomar relevancia la necesidad de un reparo social y legislativo recién en el siglo XXI.

Este trabajo tiene como finalidad exponer un breve análisis, aunque complejo y detallado, del delito de trata de personas desde una perspectiva lógica y comparativa que dilucide con

¹ Estudiante de la Carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

mayor énfasis los problemas de codificación. Se introducirán los preceptos principales que identifican a todo ordenamiento jurídico y la diferencia entre ellos. Se demostrará la incompletitud del sistema normativo a lo largo de los años, con las continuas promulgaciones y derogaciones de las normas afectadas y cómo se llegó, luego del paso del tiempo, a una codificación asertiva que abarcase los diferentes tipos de comisión del delito. La falta de precisión en los términos utilizados en la codificación actual y las consecuencias que acarrea a la hora de dictar veredictos, y la necesidad de una aclaración internacional para darle fin a discusiones jurisprudenciales. Además, se pondrá en exposición una breve reflexión acerca de las diferencias entre la trata de personas y la prostitución, y la consideración de los jueces y legisladores a la hora de ponderar principios constitucionales.

II. El delito de trata a través del tiempo

1. Consideraciones generales

Como se ha mencionado supra, la trata de personas no es un delito contemporáneo. El tráfico de mujeres y su explotación sexual es uno de los atentados al honor, a la integridad física y a la dignidad humana más aberrantes y antiguos de la sociedad. Considero de vital importancia, antes de comenzar con el análisis normativo, introducir brevemente sus raíces para comprender, con el avance de la lectura, lo que será su futura codificación nacional.

“El término ‘*trata de blancas*’ fue acuñado por primera vez en 1902 para distinguir las conductas de tráfico de mujeres de tez blanca del oeste europeo de las del comercio de esclavos negros desarrollada en el Siglo XIX. Este nuevo negocio fue considerado como una nueva forma de dominación y de esclavitud en cuanto a la posición de dominio económico y la explotación capitalista de unos países sobre otros. Con el paso de los años, se ha ampliado el término de “explotación” incluyendo la trata laboral y sexual. Algunos sectores consideran que el delito ocupa el primer lugar como actividad lucrativa ilegal en el mundo.

En nuestro país, el auge de la explotación sexual fue creciendo considerablemente a partir de mediados de los ochenta, con el continuo movimiento migratorio desde Europa y la demanda de prostitutas de los recién llegados. La compraventa de mujeres y niñas era justificada por el rédito económico que dejaba el comercio y hasta incluso la explotación de estas fue considerada legal y reglamentada. En los ochenta funcionó un sistema conocido como prostitución reglamentada a partir del comienzo de las codificaciones municipales, que combinaba aspectos sanitarios, político-administrativos y policiales válidos tanto para prostitutas como para casas de tolerancia”.²

No fue hasta 1913 con la famosa “Ley Palacios” que se produjo un cambio de paradigma a nivel legislativo en el Código Penal, donde, una vez más, Argentina se colocaba a la vanguardia de la defensa de los derechos humanos y se comenzaba, con vaivenes constantes, a regularse el delito de trata.

2. El orden jurídico, la sistematización y las normas en el delito de trata

Como bien se sabe y se expone con mayor claridad en el artículo “*Sobre el concepto de orden jurídico*” de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, las normas jurídicas no pueden ser interpretadas de una forma aislada, sino que deben ser tratadas en conjunto e interrelacionadas entre sí para su eficaz aplicación. Así lo explica Kelsen: “El derecho es un orden de la de conducta humana. Un ‘orden’ es un conjunto de normas (...) que tiene el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. (...) Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho”.³

² BARBITTA, “Trata de Personas”, en Asociación Pensamiento Penal, 2008, p. 7 y 8.

³ ALCHOURRÓN & BULYGIN, “Sobre el concepto de Orden Jurídico”, en *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 8, N° 23, 1976, p. 3.

Kelsen formula el precepto que refiere a que las normas no son aisladas, sino que forman parte de un conjunto, este conjunto lo denomina orden jurídico. Las relaciones de las normas son esenciales a la naturaleza del derecho, y este, como conjunto de normas que es, tiene el tipo de unidad de un sistema jurídico. Lo entendemos mejor en el siguiente cuadro explicativo:



Para comprenderlo mejor, podemos identificar entonces al orden jurídico como la totalidad de normas válidas que pertenecen a un sistema jurídico en un momento dado, constituyendo su carácter determinable.⁴

Entendiendo a los sistemas jurídicos como el conjunto de normas jurídicas que integran el derecho de un país y constituyen el conjunto de todos los enunciados jurídicos (formando la base axiomática del sistema) contiene todas sus consecuencias, ya sean las expresamente formuladas o las derivadas. Y para que un sistema sea normativo, los enunciados de su base deben contener por lo menos algunos enunciados normativos o normas.

Concibiéndose como *norma jurídica* a un concepto amplio que abarca cualquier enunciado que figure en los textos que registran el derecho positivo, sea normativo o no; y que correlacionan ciertas circunstancias fácticas (casos) con determinadas consecuencias jurídicas (soluciones).⁵

KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2ª Edición, México, 1958, p.3.

⁴ PÉREZ PORTO & GARDEY. Definición de ordenamiento jurídico, 2011. Disponible en: <https://definicion.de/ordenamiento-juridico/>

⁵ Cfr. ALCHOURRÓN & BULYGIN, op. cit., p. 5 y ss.

2.1. El concepto dinámico del orden jurídico

Uno de los problemas que generó la definición de orden jurídico vino aparejado con los cambios normativos constantes que posee cualquier legislación a medida que los preceptos y necesidades sociales varían con el tiempo. Tal como sucedió con el delito de trata. Se ponía en discusión si el orden jurídico podía ser caracterizado como “dinámico” por el hecho de que se componía, precisamente, del conjunto de formulaciones normativas variables, es decir, de la secuencia de sistemas jurídicos. Esta discusión concluyó a que la doctrina pudiera terminar de dejar una clara distinción entre la diferenciación entre *orden jurídico* como secuencia de sistemas jurídicos y *sistema jurídico* como conjunto de normas.

Se entendió entonces que, “dado que el sistema está definido como un conjunto de normas, éstas permanecen fijas en el modelo: cualquier cambio de la base axiomática del sistema nos llevaría a otro sistema, distinto al anterior”.⁶ En este sentido, el concepto de sistema jurídico (...) es estático y se encuentra referido a un punto temporal determinado, refiriéndose a que, con todo cambio provocado por los actos de creación o derogación de normas, el conjunto (sistema) deja de ser el mismo para convertirse en otro distinto.

Pero cuando los juristas hablan de sistema jurídico quieren dar cuenta del fenómeno del cambio: las normas jurídicas suelen cambiar con el transcurso del tiempo (algunas normas existentes son eliminadas, otras modificadas y se agregan nuevas), y la posibilidad de estos cambios temporales a nivel de cada norma analizada por separado determina el carácter dinámico del derecho.

Al asignarle al orden jurídico el sentido de una secuencia de conjuntos, hace que la unidad de la secuencia y la identidad del orden jurídico estén dadas por la identidad de los criterios

⁶ Cfr. BULYGIN, “Sobre la regla de reconocimiento”, en Derecho, filosofía y lenguaje-homenaje a Ambrosio L. Gioja, Buenos Aires, Astrea, 1976, p. 258 y ss.

usados para la identificación de los conjuntos normativos pertenecientes a la secuencia.⁷ Esto expresa que el contenido del orden jurídico es también dinámico. Sólo si se modifican los criterios de identificación pierde el orden jurídico su identidad y es sustituido por otro nuevo orden.

2.2. *Identidad y estructura del orden jurídico*

Si se acepta la distinción entre orden jurídico y sistema jurídico, Caracciolo plantea dos problemas: Por un lado, es la cuestión de saber cuándo una secuencia de sistemas pertenece al mismo orden jurídico y cuándo se interrumpe y surge un nuevo orden jurídico, distinto del anterior. La segunda cuestión consiste en determinar el contenido de un sistema jurídico global (un caso particular) correspondiente a un determinado intervalo temporal.

Ambos problemas consisten en la determinación de los criterios de pertenencia de las normas al sistema (que, a su vez, determinan la estructura de este último) y de los sistemas al orden.

Caracciolo distingue *dos criterios de pertenencia* de las normas a los sistemas: a) Criterio de deducibilidad: una norma pertenece al sistema cuando es consecuencia lógica (deducible de) las normas pertenecientes al sistema; y b) Criterio de legalidad: una norma pertenece al sistema si ha sido creada (promulgada) por una autoridad competente del sistema. Lo que no sucede cuando se producen modificaciones legislativas producto de golpes de estado (quebrantamiento de nuestro ordenamiento jurídico en 1983 por cambios en la Constitución Nacional).

Estas dos relaciones determinan la estructura del sistema. Y se termina alegando que los jueces sólo son competentes para promulgar normas que son consecuencia lógica de las normas generales del sistema. Se diría entonces que el sistema jurídico (y por ende el orden jurídico), ha de ser reconstruido

⁷ Cfr. ALCHOURRÓN & BULYGIN, "Sobre el concepto de Orden Jurídico", op. cit., 395 y ss.

de manera tal que su base sólo incluya normas generales y no normas individuales.

Pero estos dos criterios son manifiestamente insuficientes para dar cuenta de la pertenencia de todas las normas, porque presuponen que el sistema ya tiene normas, cuya pertenencia no depende de ninguno de los criterios anteriormente mencionados: las normas independientes.

Se entiende entonces que, todo orden jurídico tiene que originarse en un sistema de normas independientes producto del Sistema 0 (S0) que es el que dará origen a todas las normas pertenecerán a todos los sistemas subsiguientes de ese orden (siempre que no hayan sido derogadas o modificadas). Todos los sistemas pertenecientes a ese orden salvo el primero, se originan a partir del sistema inmediatamente anterior mediante adición de normas nuevas o por medio de la sustracción de normas.

En este sentido las normas independientes originarias constituyen la base del primer orden jurídico y el conjunto de estas será denominado por Kelsen como la primera constitución de ese orden jurídico. Entonces, todo orden jurídico tiene por definición una primera constitución. Esta puede ser modificada total o parcialmente dando lugar a nuevas constituciones derivadas, siempre que se establezca en ella algún procedimiento de reforma legal. La identidad del orden reposa en la continuidad de los sistemas que a él pertenecen, es decir, a la continuidad de la constitución, lo que no implica su inmutabilidad, sino la legalidad del cambio. Cuando la constitución es cambiada ilegalmente, conduce a una ruptura del orden jurídico y la nueva constitución dará origen a un nuevo orden.

2.3. De la teoría a la trata

Expuestos con brevedad los conceptos básicos del lenguaje del derecho en cuanto a las concepciones de codificación legislativa, será más sencillo explicar la introducción y derogación de las normas en una línea temporal del delito de trata y los sistemas jurídicos cambiantes.

La incorporación de los derechos fundamentales que fueron restringiendo el delito de trata se fue dando de manera paulatina en nuestro ordenamiento jurídico y con las modificaciones que conllevó nuestra Carta Magna. Si bien fue afectada por seis reformas y un Estatuto Temporario, se mencionarán aquellas que impactaron directamente al delito en cuestión, dando un marco normativo más amplio a la protección de los derechos fundamentales.

Los derechos humanos se suelen distinguir en tres generaciones constitucionales. Las primeras normas independientes originarias de nuestro primer ordenamiento jurídico tomaron un carácter liberal, conteniendo, en su parte dogmática, los derechos humanos de primera generación: los principios civiles y políticos, vinculados con el principio de libertad (Constitución Nacional de 1853).

Luego, estos derechos se fueron ampliando a medida que la sociedad avanzaba al igual que la protección de sus ciudadanos. La segunda generación de derechos son los económicos, sociales y culturales, vinculados con el principio de igualdad (introducidos en nuestra Constitución Nacional en la reforma de 1949).

Por último, se llama a la tercera generación de derechos a aquellos surgidos en 1980 e incorporados en nuestra Constitución Nacional en la última reforma de 1994, vinculados con la solidaridad. Se comprendió en ella el reconocimiento constitucional de los Tratados Internacionales en los que Argentina participó y/o adhirió y se vinculan con la solidaridad y cooperación internacional. En esta generación se incluyen derechos heterogéneos como el derecho a la paz y a la calidad de vida.

Podemos ver entonces cómo las bases originales del primer ordenamiento jurídico fueron cambiando al incorporar nuevos derechos y así crearon nuevas modificaciones en las bases de las normas independientes. Todos estos cambios fueron realizados legalmente mediante las primeras normas independientes del S0, demostrando que, a pesar de que las normativas

internas cambiaban constantemente, promulgándose nuevas, y consecuentemente también lo hicieron los sistemas que estas componían, no lo hizo el orden jurídico precisamente por su carácter dinámico. Es así como un mismo ordenamiento jurídico tiene infinitos sistemas a medida que se derogan o amplían las normas.

Dicho todo esto, veamos un ejemplo:

La primera reglamentación contra la trata fue la ya mencionada “Ley Palacios” (Ley 9.143, promulgada en 1913), de ahora en más la llamaremos N 2. La misma rezaba por una modificación en el Código Penal para reprimir a quienes promoviesen o facilitasen la corrupción o la prostitución de mujeres -mayores y menores de edad-, y se consideraba coautores del delito a los dueños de los prostíbulos. Esta normativa pone un freno al Reglamento de Prostíbulos de Buenos Aires N 1, de enero de 1875 que no prohibía la explotación sexual, sino que la restringía: “No podrá haber en los prostíbulos mujeres menores de 18 años, salvo que se hubieren entregado a la prostitución con anterioridad”.

En 1936 surge la Creación del Instituto de Profilaxis de las Enfermedades Venéreas, N 3, por medio de la Ley 12.331. Esta no sólo sanciona a quien explota un establecimiento donde se ejerce la prostitución, complementando la Ley Palacios, sino también a quien lo hace con uno donde se incita a ella, hipótesis dada en el caso de autos.

Años más tarde, en 1944, el Decreto Presidencial 10.638, N 4 modifica y amplía los artículos 17 Y 15 de la ley 12.331 (N 3).

El artículo 15 establece que: “queda prohibido en toda la República el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución, o se incite a ella”. Asimismo, el artículo 17 indica que: “los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia serán castigados con una multa de mil pesos moneda nacional. En caso de reincidencia sufrirán prisión de uno a tres años, la que no podrá aplicarse en calidad de condicional. Si fuesen ciudadanos por naturalización,

la pena tendrá la accesoria de pérdida de la carta de ciudadanía y expulsión del país una vez cumplida la condena; expulsión que se aplicará, asimismo, si el penado fuese extranjero.”.

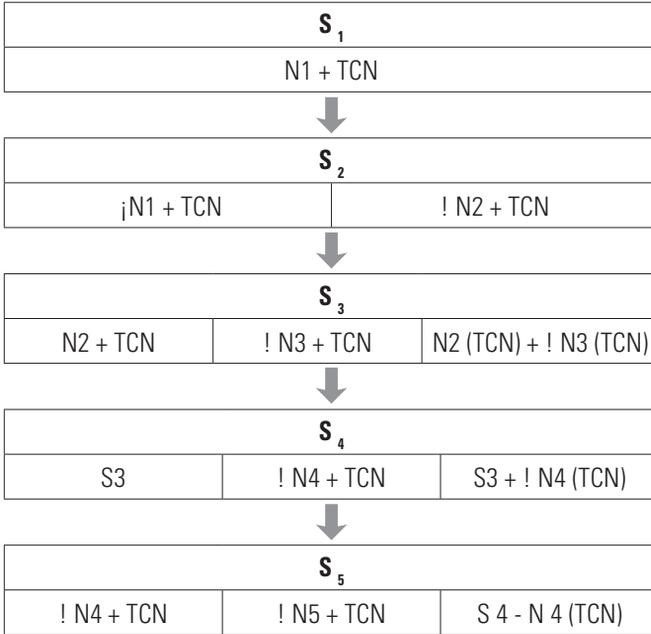
En 1965, la Ley 16.666, N 5, abroga el decreto ley 10638/44 referido a la represión de la trata de blancas, ratificado por la ley 12.912 y toda otra disposición que se oponga al mismo. En otras palabras, este decreto derogaba las modificaciones ampliatorias de 1944 respecto de los artículos 15 y 17, y se hace un retroceso legislativo a nivel penal a pesar de los convenios internacionales que comenzaban a tomar cada vez más fuerza.

Con estas primeras leyes, podemos ver brevemente las modificaciones constantes de los sistemas jurídicos producto de sus normativas. La promulgación de la ley N 2 provocó la derogación de la norma formulada N 1, al derogarse una determinada norma, para colocar en su lugar otra norma diferente se crea un nuevo sistema jurídico (que llamaremos de ahora en más S 2). Lo que se deroga aquí es la norma y todas las normas que se derivan de ella y las que ayudaron a crearla. No se trata de una relación temporal. La derogación es unívoca: la eliminación de una norma determinada de un sistema determinado conduce a otro sistema, también determinado. En este caso, se reemplazó una norma por otra completamente diferente.

La incorporación de N 3 no provocó la derogación de N 2, sino que se introdujo al conjunto de implicancias que esta última promulgaba, complementándose mutuamente. Es así como:
 S 2 > conjunto de normas producto de la incorporación de N 2
 S 2 (conjunto de normas de N 2) + N 3 (nueva norma) \supset nuevo sistema jurídico N 3

Entonces, la promulgación de una nueva norma provoca en el nuevo sistema jurídico todas las consecuencias del sistema jurídico anterior, las consecuencias normativas de la nueva norma y las consecuencias normativas relacionadas entre las dos primeras normas. El presente gráfico y sus respectivos números correspondientes a los sistemas es meramente

ejemplificativo para lograr explicar con mayor claridad el avance y la modificación de los sistemas.⁸



Símbolos y significados	
S	Sistema
N	Norma
!	Promulgación
¡	Derogación
TCN	Todas sus consecuencias normativas

A raíz de lo brevemente ejemplificado se entiende entonces que los sistemas jurídicos no tienen existencia continua, son

⁸ Cabe resaltar que se denomina S₁ y no S₀ porque, a pesar de ser la primera ley reglamentaria en cuanto a la explotación sexual, su promulgación no se trata de una norma soberana. Es decir que, para su entrada en vigencia fue dependiente del criterio de legalidad.

relativos a un momento temporal dado. Este tiempo se caracteriza por ser discontinuo, discreto y los momentos temporales están dados por los actos de promulgación y derogación de las normas. Todo acto que crea una nueva norma o deroga una norma existente determina un momento nuevo y con ello un sistema nuevo.

3. Las lagunas jurídicas y el delito de trata

Como ya se ha mencionado, la codificación del delito de trata no fue estable. Durante años, por razones políticas, económicas y sociales, fue difícil incluso que se lograra incorporar su normativa en nuestra legislación.

Siguiendo el historial normativo de los puntos anteriores y con los vaivenes constantes entre promulgación y derogación de artículos, en 1999, la Ley 25.087 incluye el artículo 127 ter y complementa la Ley 21.388. El mismo dispone que “El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de una persona mayor de 18 años para que ejerza la prostitución mediando engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, será reprimido con reclusión o prisión de tres a seis años.”.

Pese a que la codificación de 1999 constituyó un gran avance en la materia legislativa de la trata, y que los demás artículos modificados en la misma ley fueron asertivos, no se la puede terminar de definir como una normativa completa. La falta de completitud, la incoherencia y la indeterminación pertenecen a defectos lógicos; y en lo que respecta a la redacción del delito de trata incluso luego de las modificaciones de la Ley 25.087, se puede decir que una de las materias principales quedó desprotegida: nada se dice del sujeto que promoviere o facilitare el traslado interno de las víctimas de trata. ¿Qué sucede en el caso de que quien promueve o facilite la entrada o salida del país sea una persona y quien las traslade de un punto a otro dentro del país sea otro? En este caso, el sujeto quedaría libre de culpa y pena a miras de la interpretación normativa.

El problema de la completitud del sistema jurídico es conocido en la literatura jurídica como el problema de las lagunas del derecho, y hace referencia al hecho de que una acción no esté regulada por el sistema jurídico en cuestión y lo vuelva incompleto. Como bien explican Alchourrón y Bulygin se dice que: “El concepto de laguna normativa puede ser definido en términos de la determinación normativa. Una acción p (perteneciente a una determinada clase de acciones H) está normativamente determinada en el sistema S si, y sólo si, p está permitida o prohibida en S . Cuando una de las acciones de la clase H no está determinada en S , tenemos una laguna y el sistema S es incompleto de H . Sólo cuando todas las acciones de H están determinadas, el sistema S es completo con relación a H . La completitud (laguna) es, por lo tanto, un concepto relacional”.⁹

Se dice entonces que una laguna es una situación no regulada que afecta la operatividad del sistema, y la dificultad de esta sólo puede ser superada mediante el agregado de una nueva norma al sistema. La cuestión acerca de la existencia de las lagunas es siempre relativa a un sistema normativo. La idea de completitud requiere que todos los casos tengan una solución y que todas las soluciones correlacionadas con los casos sean completas, en el sentido de que todas las acciones posibles estén normativamente determinadas.

Ahora bien, ¿cómo se logra subsanar una laguna en el sistema jurídico? Como los jueces no pueden dejar de sentenciar, aún en los casos de ausencia de normas, corresponde modificar el sistema y esto se logra completándolo mediante la modificación o invención de una nueva norma. Esta nueva norma deberá suplir cualquier tipo de ausencia casuística y a la vez haber sido la más adecuada para ser incorporada.

A pesar de que existan varias clases de teorías para suplir esta carencia, la que ha tomado más peso a lo largo de los años es la teoría de la argumentación jurídica, la cual sostiene

⁹ Cfr. ALCHOURRÓN & BULYGIN, “Sobre el concepto de Orden Jurídico”, op. cit. p. 17 y ss.

que ante un caso difícil es posible crear una norma que sea la más adecuada si se cumplen determinados requisitos y puede crearse a partir del material preexistente. Esta resolución deberá cumplir con los requisitos de *consistencia* y *coherencia* en relación con el sistema jurídico en cuestión.

Será una decisión consistente cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas.

Y será coherente si la norma en que se basa es coherente en relación a los principios del sistema normativo en cuestión, identificándolos previamente.

Una vez hecho esto, se formularán dos tipos de normas: una mínima (es la norma menos beneficiosa posible dentro de los límites de la coherencia del sistema) y una máxima (la norma más beneficiosa posible dentro de los límites de la coherencia). Ninguna de las dos normas pertenece al sistema, son una creación de la ciencia jurídica a partir del sistema que posee la laguna, en base a la tesis de coherencia. Solamente constituyen las posibles soluciones que se pueden dar para completar el sistema y se deberá elegir entre ellas o crear una intermedia si ninguna resulta favorable.

Por tanto, el juez intentará suplir la laguna decidiendo la situación planteada de forma justa, e intentará justificar su decisión destacando los puntos del caso que considere relevantes. Los operadores del derecho juegan un papel emprendedor en esta cuestión: no van a crear nuevas normas que eliminen las lagunas, pero sí pueden accionar en la búsqueda de su solución. Crear una norma no es lo mismo que integrar el Derecho, lo primero es responsabilidad del órgano legislativo, y la segunda cuestión es menester de los juristas, donde el juez es uno de los principales en esta ardua labor.

Volviendo al tema en cuestión, durante los años que transcurrieron entre el artículo 127 ter y una nueva codificación, ante el delito de trata interna los jueces fueron los encargados en sentar jurisprudencia.

La incompletitud de esta normativa quedó resuelta definitivamente recién en el año 2008 con la incorporación de la Ley 26.364 sobre Prevención y Sanción De La Trata De Personas y Asistencia a sus Víctimas. En su artículo 10 reza la modificación del Código Penal: Incorpórese como artículo 145 bis del Código Penal, el siguiente: artículo 145 bis: “El que capture, transportare o trasladare, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas mayores de dieciocho años de edad, cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, con fines de explotación, será reprimido con prisión de TRES (3) a SEIS (6) años.”.

De esta forma, el vacío legislativo quedó remediado por una nueva incorporación normativa por parte del legislador, comprendiendo como sujetos activos también a aquellos sujetos que intervinieron en el traslado interno de las víctimas. Se cambia la base axiológica del sistema mediante el principio de legalidad y, por ende, se conforma uno nuevo.

III. Nueva codificación, mismos problemas lingüísticos

1. La “situación de vulnerabilidad” y la vaguedad

La incorporación del delito de trata al Código Penal Argentino era una deuda que tenía la República Argentina al ser nuestro país signatario de los principales Tratados Internacionales de protección a las víctimas de trata.

El delito se encuentra en el Libro II, Título V del Código Penal y fue introducido por la Ley 26.364 en 2008 y modificado por la Ley 26.842 en 2012, quedando tipificado de la siguiente manera: Artículo 127: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima.”.

La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.

3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

Artículo 145 bis: Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

Artículo 145 ter: En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años.

3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.

4. Las víctimas fueren tres (3) o más.

5. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas.

6. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.

7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

A pesar de que, en comparación con las normativas de décadas anteriores, la actual abarca todas las acciones que pueden derivar al delito de trata de personas, y si no lo hace, con el carácter constitucional que se le fue conferido a los Tratados Internacionales luego de la reforma constitucional de 1994, estos pueden suplir las carencias, es imposible dejar de obviar la terminología poco precisa que se le dio al agravante de “situación de vulnerabilidad”.

El concepto de “situación de vulnerabilidad” fue introducido en 2008 con la ley de “Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas” con la modificación a nuestro Código Penal, producto de la adhesión al Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, uno de las tres Protocolos de Palermo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

El Protocolo, y su definición de trata de personas, han sido aceptados ampliamente por los Estados y la comunidad internacional. No obstante, se ha hecho evidente que sigue habiendo dudas acerca de ciertos aspectos de esa definición, así como de su aplicación al derecho penal nacional. En particular, han surgido dudas relativas a los aspectos de la definición que no se describen en otras partes del derecho internacional ni se conocen de manera general en los principales sistemas jurídicos del

mundo. La existencia de esas dudas supone que los parámetros acerca de lo que constituye “trata” aún no están consolidados.

Y precisamente, una de estas dudas versa sobre la definición de “situación de vulnerabilidad”, un concepto muy abarcativo y poco claro que constituyó un problema de vaguedad en el sistema jurídico, no solo argentino, sino mundial. Dejando abiertas muchas puertas a consideración de la subjetividad de los jueces.

Cuando hablamos de vaguedad nos referimos a un problema del lenguaje en general que, al igual que se mencionó anteriormente con el problema de las lagunas, afecta al derecho y a su aplicación.

“Las palabras y frases que son vagas están, en consecuencia, desprovistas de precisión”.¹⁰

En la vaguedad, el problema se presenta al nivel de subsunción de un caso individual en el caso genérico establecido por una norma ya identificada. Es decir, la vaguedad se presenta en el nivel de la aplicación de las normas a los casos concretos. “Se dice que un término es vago cuando existen casos individuales para los que no puede decirse con carácter definitivo si el término en cuestión puede o no aplicarse a ellos”.¹¹ Aun cuando existiese plena certeza sobre los hechos, es factible que existan dudas sobre si una palabra de clase se aplica a los hechos probados.

Sucede esto entonces con el concepto de “situación de vulnerabilidad” mencionado supra, una vez incorporado en nuestro código penal y a medida que los jueces debían analizar y fallar sobre los casos presentados, el campo en que aplicaban la situación de vulnerabilidad se tornaba cada vez más impreciso, debiendo ser analizado según la particularidad de cada situación sin tener un consenso definitivo sobre el mismo.

Se pueden distinguir diversas formas de vaguedad, destacándose: la *vaguedad en términos polares* y la *vaguedad combinatoria*.

¹⁰ HOSPERS, 1976, p. 93, en ALONSO, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 59.

¹¹ ALSTON, p.125 y ss., en Alonso, ídem.

El problema lingüístico de la “situación de vulnerabilidad” se encuadra dentro del segundo tipo de vaguedad: la combinatoria. La misma se “se deriva en torno a qué combinación de condiciones es necesaria o suficiente para la aplicación del término y a menudo tenemos este tipo de vaguedad cuando hay una pluralidad de condiciones relevantes”.¹²

En *Interpretación de las normas y derecho penal*,¹³ se menciona uno de los ejemplos dados por Alston para poner en claridad este tipo de vaguedad. El doctrinario pone en juego el concepto de la palabra “religión”, enumerando nueve rasgos que se suelen atribuir para su uso, las dudas versarán aquí cuando alguno de estos nueve rasgos o, aunque sea uno de ellos no se presente en el caso a analizar. ¿Se podrá entonces utilizar la palabra “religión” en esa situación determinada?

Otro de los ejemplos planteados es aquel del artículo 129 del Código Penal cuando se habla de “exhibiciones obscenas”: “Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos al que ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros”.

Este tipo de noción, al igual que el de “situación de vulnerabilidad” dependerá de muchas variables, existiendo diferentes concepciones entre diferentes culturas, épocas y hablantes, sean o no de la misma comunidad o país. Si bien a nivel del lenguaje ordinario el problema de la vaguedad no suele ser de mayor importancia, sí lo es en el ámbito del lenguaje normativo, donde lo más seguro es que los jueces no tengan la misma concepción a lo que “situación de vulnerabilidad” se refiere a la hora de analizar y dictar resoluciones; lo que generaría jurisprudencia contradictoria respecto de las mismas situaciones y, al ser un delito que su consecuencia es la pena, se pone en juego principalmente el principio jurídico de la libertad de quien se está juzgando en el proceso.

¹² ALSTON, p.130, en ALONSO, *ibidem*, p. 60.

¹³ ALONSO, *ídem*.

Ahora bien, ¿cómo se solución a este problema del lenguaje en el derecho?

1.1. La interpretación subjetiva

Como se ha mencionado, una de las estrategias para resolver los problemas de indeterminación semántica es la “interpretación subjetiva”, la cual suele ser enfrentada al modelo de la literalidad (“o interpretación objetiva”).

“Según esta concepción, el derecho es un medio del que el legislador se sirve para alcanzar unos fines y para promover unos determinados valores. (...) En consecuencia, el juez no puede contentarse con una simple deducción a partir de textos legales. Debe remontarse desde el texto a la intención que permitió definir la voluntad del legislador, e interpretar el texto conforme a aquella voluntad. Pues lo que cuenta, ante todo, es el fin perseguido, el espíritu más que la letra de la ley”.¹⁴

Los defensores de la interpretación subjetiva se acatan diciendo que cuando el modelo de la literalidad es insuficiente para identificar las normas que conforman la ley, la remisión a la exposición de motivos es procedente ya que, si bien la misma puede padecer de problemas de indeterminación semántica, también es factible que pueda brindar parámetros para resolver la indeterminación de las disposiciones legislativas mediante el análisis de tres fuentes principales: la exposición de motivos de una ley; las intenciones del legislador y los principios jurídicos.

Con la incorporación del concepto de “situación de vulnerabilidad” encuadrado como uno de los agravantes en la codificación del delito de trata, se trajeron aparejadas dos interpretaciones respecto de este concepto por parte de los jueces: una interpretación conservadora y una interpretación amplia. Algunos jueces consideraron más la condición de “situación de vulnerabilidad” que hacía al sujeto activo comportarse de esa manera y realizar actos ilegales debido a condiciones de

¹⁴ PERELMAN, 1979, pp. 74-75, en ALONSO, op. cit. p. 66.

pobreza y desigualdad social o lo limitaban a situaciones muy concretas; y otros, por el contrario, y a razón de lo que reza la norma, centraban las condiciones de vulnerabilidad que tenía la víctima a la hora de haber sido privada de su libertad y utilizada como objeto de explotación sexual, ampliando el campo considerativo respecto de las mismas.

Veamos dos claros ejemplos jurisprudenciales:

Vulnerabilidad. *Valoración de factores económicos y sociales.* Alcance restrictivo del concepto de vulnerabilidad limitado a nacionalidad y libertad física. CNCN, Sala II, causa FCB 1200214/12 “Barey Fabio Ricardo s/recurso de casación”, registro. 1702. *“El a quo desarrollo de modo arbitrario el concepto de vulnerabilidad (...) el Tribunal descartó la condición social y económica como indicador de vulnerabilidad –repto, conforme las Reglas de Brasilia que él mismo cita- vaciando de contenido dicho elemento objetivo del delito de trata de personas, limitándolo exclusivamente a las siguientes variables: nacionalidad y libertad física de las víctimas... De este modo consideró que la ausencia de menoscabo a la libertad física (entendemos por libertad el hecho de que habían acordado un horario de trabajo, podían faltar (...)) y al finalizar la jornada cobraban la parte que les correspondían, por las copas y por los pases y se retiraban a sus domicilios) equivale a ausencia de situación de vulnerabilidad, y por ende, atipicidad del delito de trata de personas reprochado a los acusados... Si bien las mujeres entrevistadas manifestaron su ‘opción’ de trabajar en los lugares allanados, en todos los relatos reitera la existencia previa de una situación de vulnerabilidad que resultó condicionante para que las mujeres fueran ingresadas al circuito prostibulario”.*

En este caso, la subjetividad del juez a la hora de fallar fue limitada solamente en dos variables: la nacionalidad y la libertad física. Teniendo así una concepción conservadora sobre el concepto.

Alcances del concepto de vulnerabilidad. CNCN, Sala II, causa FCB 1200214/12 “Barey Fabio Ricardo s/recurso de

casación”, registro. 1702. *“El estado de vulnerabilidad no refiere únicamente a aspectos de privación económica, sino también a la dificultad de acceso al sistema educativo, de salud o a los derechos sexuales y reproductivos, que no hacen más que profundizar la situación de vulnerabilidad que genera la privación económica. Con excepción a una sola mujer, todas tendrían varios hijos y serían las únicas o principales responsables de la manutención y crianza de estos, muchas de ellas habiendo sido madres durante la adolescencia. Estas circunstancias debieron necesariamente ser evaluadas al momento de determinar si las mujeres que ejercían la prostitución en los locales investigados estaban en una situación de vulnerabilidad que podía llegar a ser objeto de abuso por parte de los imputados. Cuestión que el tribunal de mérito omitió dando un alcance al concepto de vulnerabilidad que no se condice con los fines de la Ley 26364, ni con la política del estado argentino para prevenir, investigar y sancionar este tipo de violencia contra las mujeres”.*

En este segundo caso, el concepto de “situación de vulnerabilidad” se utiliza a la hora de dictar sentencia con la finalidad abarcativa que le confirieron los organismos internacionales.

Se puede ver entonces, que incluso aunque las tres fuentes jurídicas en los que se basa la interpretación subjetiva a la hora de intentar esclarecer conceptos sean iguales para todos los juristas, estos fallarán según su concepción sin criterios estables y preestablecidos que sirvan de base para respuestas asertivas y uniformes. Es entonces que la utilización aislada de los recursos de la “interpretación subjetiva” puede llegar a conclusiones incompatibles entre sí según las opiniones de diferentes juristas.

Se deja ver que el modelo de la interpretación subjetiva conlleva entonces a referencias difusas y equívocas respecto de la fuente jurídica a la que se recurre.

Ahora bien, visto y considerando que ninguna de las dos soluciones anteriores parecen asertivas, ¿qué criterios deberían adoptarse para superar esta vaguedad? Según Alston, la vaguedad puede restringirse mediante formulaciones legislativas

específicas o aclaratorias. Veremos la solución que se le dio a la controversia aquí planteada a continuación.

1.2. El documento temático que le puso fin a la indeterminación

Debido a que la introducción del concepto de “situación de vulnerabilidad” como agravante en el delito de trata no generó controversias únicamente en los tribunales argentinos, sino que también afectó a las interpretaciones y sentencias de muchos otros países, la solución de los organismos internacionales fue crear un documento temático específicamente referido a la situación de vulnerabilidad para dar fin a las controversias.

De este modo, la vaguedad legislativa quedó zanjada a través de un documento complementario internacional de carácter constitucional. En el documento final de “La cumbre judicial sobre el acceso a la justicia” celebrada en el Brasil en 2008 figura la siguiente definición del concepto de vulnerabilidad:

“Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de la vulnerabilidad, entre otras, la siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de la libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”¹⁵.

Con esta definición específica y quedando aclarada cualquier duda que se tuviera respecto a qué casos se debía aplicar el concepto de “situación de vulnerabilidad”, no pudiendo

¹⁵ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, Brasilia, 2008, p. 5.

obviar, que continúa perteneciendo a un concepto genérico y que sus especificaciones deben ser aplicadas a cada caso en particular, los jueces, luego de esta aclaración internacional, no deberían escapar de esta definición.

Véanse a continuación extractos de fallos en los que se tomó la consideración de las Reglas de Brasilia y disposiciones subsiguientes también provenientes de organismos internacionales con carácter constitucional que decidieron expedirse sobre el tema en cuestión para una mayor claridad y homogeneidad a la hora de dictar las resoluciones por los Estados partes:

Vulnerabilidad. Acordada nro.5/2009 CSJN (voto del Juez Gustavo Hornos). CNCP, Sala IV, causa 1735/13 “Cañete Dario y otros s/recurso de casación”, rta.30/12/14, registro nro.3156/14. “ (...) *Corresponde recordar la condición de vulnerabilidad en que se hallaba J.N.C., que ha sido definida en las ‘Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad’ (Cumbre Judicial Iberoamericana de Brasilia, marzo de 2008), a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante el dictado de la Acordada Nro. 5/2009*”. En dicha acordada el Supremo Tribunal estableció que “*se consideran en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta*”.

Abuso de una situación de vulnerabilidad. *Nota orientativa de la UNODOC.* CNCP, Sala IV, Causa nro. CFP 2613/2012, “Orellana Condo, Olga s/ recurso de casación”, rta el 7 de julio de 2015, reg. nro. 1308/2015.4. “ (...) *Corresponde señalar que*

el análisis probatorio debe ser realizado desde la perspectiva que ha propuesto la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en cuanto sostuvo que la situación de vulnerabilidad hace referencia a una situación en la que la persona es más propensa a brindar su conformidad a ser explotado, y el abuso de esa situación ocurre cuando el autor usa intencionalmente o se aprovecha de la vulnerabilidad de la víctima para captarla, transportarla, trasladarla, acogerla o recibirla con el fin de explotarla, de modo que la persona crea que someterse a la voluntad del abusador es la única alternativa real o aceptable que dispone y que resulte razonable que crea eso a la luz de la situación (cfr. 'Nota orientativa sobre el concepto de 'abuso de una situación de vulnerabilidad' como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado en el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional') (del voto del doctor Gustavo Hornos)''.

En conclusión, posiblemente es imposible eliminar del todo la vaguedad de los conceptos legislativos, aunque siempre cabe hacer algo para reducirla a límites tolerables y esto corresponde a la labor de los juristas teóricos y de los legisladores. Identificarla y buscar la solución legislativa más endeble al problema suscitado hace que la legislación se torne más segura y justa a la hora de su aplicación, intentando no dejar un margen más amplio de lo normal a la hora del análisis judicial.

IV. La prostitución, la trata y los principios constitucionales

1. El trabajo sexual y el consentimiento

Se ha visto en las primeras páginas del presente trabajo que la codificación del delito de trata de personas fue una deuda social que mantuvo nuestra legislación durante muchos años, se debe resaltar que el principal objeto de esta siempre fue la de penar a aquellos sujetos que se aprovechaban de ella obteniendo

un rédítuo a cambio, mientras afectaban los principios inherentes y más importantes del ser humano por medio de la captura, retención y explotación contra su voluntad.

Y si bien se entiende que lo que pretende prevenir en los artículos referentes a la trata, es el consentimiento de una víctima que realmente ha sido engañada y no tiene la menor intención de dedicarse a la actividad o que es violentada física o psicológicamente; no puede dejar de obviarse, que, además de estar penado el delito de trata, se pena a quien obtenga un beneficio en el ejercicio de la prostitución de un tercero. En nuestra legislación se deja en claro en el artículo 127, que será reprimido el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediere el consentimiento de la víctima.

Limitando, indirectamente, el ejercicio libre de la prostitución al considerar como sujeto activo a quien obtenga un beneficio (ya sea económico como sexual) de la misma. Poniendo al mismo nivel (y hasta incluso considerándola de la misma manera) a la trata y a la prostitución, en el artículo mencionado. Si bien el delito mismo de la prostitución no se encuentra penado, sí lo está indirectamente cuando se reza que se condenará al “sujeto activo” o a quien la facilite (entiéndase como los dueños de casas de prostitución).

Y es que considerándolo con un panorama algo prehistórico y lleno de prejujuamientos sociales, a primera vista creemos que estamos frente a una normativa correcta al creer que quien presta consentimiento para la explotación sexual de su propio cuerpo no es consciente plenamente de lo que hace. Pero ¿es verdaderamente así? ¿Podemos penar o prohibir indirectamente el ejercicio de la elección libre sobre las decisiones que terceros tienen sobre sus cuerpos y lo que hacen con ellos? ¿A caso esta normativa no interfiere también con principios constitucionales tales como la libertad sexual, personal y el derecho a la privacidad? ¿A caso no tenemos todos el mismo derecho a elegir de qué trabajar? ¿Sobre qué bases se juzga que un trabajo, realizado con consentimiento, es digno o indigno de realizar? ¿Cuántos de

ellos realizados hoy día, mediando también la explotación del propio cuerpo, sea físico o psíquico, y poniendo en riesgo el contagio de enfermedades o el peligro a la vida, no son penados, sino que regulados normativamente?

Se ha definido el bien jurídico libertad como “... la facultad de todo individuo de ejecutar sus propias decisiones, sea que éstas se refieran a desempeñar una determinada actividad, o a no realizarla, o a impedir que terceros invadan un ámbito de intimidad reconocido constitucionalmente... la libertad se manifiesta no sólo como un derecho de hacer o no hacer; sino también como un derecho a impedir que otros hagan...”.¹⁶

No se puede dejar de obviar que esta restricción y consideración acerca del consentimiento del propio cuerpo para la explotación sexual también se encuentra codificada en los instrumentos internacionales, tomando los Estados un rol de “padres” a la hora de acordar restricciones para que quienes ejerzan por voluntad propia la prostitución, dejen de hacerlo. Pero lo cierto es que su prohibición lo único que provoca es un trabajo clandestino, no regulado y con más riesgos para quienes lo ejercen. Así, es conveniente analizar las sentencias y la responsabilidad del Estado ante los organismos internacionales. Analicémoslo a partir del siguiente caso:

Cumplimiento de Compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino (voto del Juez Alejandro Slokar). CNCP, Sala IV, causa 1735/13 “Cañete Dario y otros s/recurso de casación”, rta.30/12/14, registro nro.3156/14. “ (...) *Corresponde señalar que resultan de aplicación los compromisos internacionales asumidos en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Ley n° 25.632, B.O. 30/8/2002, también conocida como ‘Protocolo de Palermo’).* (...) *De otro lado, el Estado argentino se ha comprometido*

¹⁶ FELLINI, *Delito de tráfico de niños*, Hammurabi, Bs. As., 2000, p. 147.

en la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) a tomar las medidas necesarias para ‘suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer’ (art. 6). Cabe recordar que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ha definido que: ‘Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: [...] que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual [...], [...] que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra’ (art. 2)”.

En definitiva, en el presente, la pretensión del Ministerio Público Fiscal no se dirige exclusivamente a ejercer la acción penal pública y a satisfacer aquel interés estatal, sino que se reclama en cumplimiento de compromisos internacionales asumidos con el fin de evitar la responsabilidad internacional del Estado argentino.

2. La “situación de vulnerabilidad” como justificación para la prohibición del trabajo sexual

Con la incorporación de la definición de “situación de vulnerabilidad” en las normativas nacionales e internacionales, se excusó que la elección del trabajo sexual venía aparejada de las situaciones socioeconómicas por las que atravesaban quienes escogían el camino de la prostitución.

Retomando la noción del consentimiento de una trabajadora sexual, habría que analizar la decisión desde una postura que dignifique a la persona, considerándola una persona libre y autónoma al mismo tiempo que racional.

Opinar que la decisión de dedicarse al trabajo sexual es irracional, muestra poca confianza en que estas personas sepan lo que les conviene. Y al confesar la mayoría de ellas que deciden dedicarse al trabajo sexual porque les parece el único

camino más viable según sus posibilidades (considerándose de esta manera una situación de vulnerabilidad por parte de los legisladores), no significa que las instituciones gubernamentales les quiten la alternativa que les pareció ser la más conveniente porque la consideran indigna. Precisamente, en una sociedad, un sector detenta pocas posibilidades, el Estado es quien debe procurarle más posibilidades, pero no cortarle las vías o caminos para alcanzar sus objetivos o lo más cercano a su plan de vida, especialmente, si lo que impide hacerlo es por una cuestión meramente de moral sexual.

Si legitimáramos el trabajo sexual considerando los encuentros sexuales como contratos entre personas racionales como sucede en algunos países del mundo, dejando de ver a la mujer como carente de capacidad para su autonomía, esto significaría el empoderamiento de estas mujeres y el respeto de su dignidad como personas. Derechos que ellas mismas están proclamando. Y es que, si consideramos precisamente al derecho como dinámico y adaptable según los cambios sociales, no podemos continuar pensando a la prostitución (mediante normas directas o indirectas) como se hacía en 1921. Se supone que la finalidad del derecho es adaptarse al carácter dinámico de la sociedad, creando nuevos derechos y respaldos legislativos en el transcurso del cambio, para todos por igual.

Por supuesto, la situación en la oferta de servicios sexuales no es fácil de catalogar o clasificar. Es más, en muchos casos, se advierte en el trabajo sexual libre, ciertos acuerdos que muestran una falta de libertad real y, sin embargo, no se pueden catalogar como trata. Esta falta de libertad no apunta a restringir la libertad de movimiento sino más bien al manejo de los ingresos y la pelea constante entre dueños de las casas de prostitución (hoy es más común esto) y las trabajadoras sobre el servicio que se proveyó en una habitación privada. El hecho de que el trabajo sexual no se considere digno a nivel social no significa que no exista, sino que más bien se hace en la penumbra y quienes lo ofrecen no cuentan con un apoyo legal que regule su trabajo, provocando así, una verdadera situación de vulnerabilidad.

Se ejemplifican a continuación la reflexión de los jueces y el vicio del consentimiento por parte de las trabajadoras sexuales al considerar sus acciones dentro del concepto de “situación de vulnerabilidad”.

Objetivización de la persona humana. Consentimiento viciado. CNCP, Sala IV, causa nro. 400654/2008, “Taviansky, Ana Alicia y Olivera, Verónica s/ recurso de casación”, rta el 29/12/2015, reg. Nro. 2551/15. “ (...) *cuando hay una situación de explotación por medio de la cual se objetiviza a la persona no puede hablarse de un consentimiento relevante a los fines de excluir la configuración del delito. Es que, se encuentra implícito en la naturaleza del bien jurídico tutelado (libertad) que no es posible otorgar consenso para ser considerado un objeto o una cosa y formar parte del mercado de bienes y servicios. Se trata de la esencia de lo humano, cuya propia explotación no puede ser consentida por el sujeto sin afectación de la condición de persona, de su libertad como bien que le es inherente (cfr. mi voto en la causa “Lamas”, anteriormente citado). Por supuesto que, cuando la víctima es menor de edad, la situación es aún más delicada porque el sujeto pasivo no tiene capacidad, por su inmadurez psíquica -y la consiguiente mayor vulnerabilidad-, de comprender, en toda su extensión, el alcance de determinadas conductas”.*

Imposibilidad de consentir la propia explotación. CNCP, Sala IV, causa nro. FBB 5390/2013, rta el 17 de febrero de 2016, reg nro. 45/16.4. “ (...) *En virtud de la actual redacción del tipo penal de trata de personas, el consentimiento de la víctima para ser ofrecido o acogido, en relación al caso en análisis, con la finalidad de ser sometido a su explotación relativa al ejercicio de la prostitución, en favor de terceros o para mantener económicamente o ser explotado económicamente por otra persona a costa de su actividad, no tendrá efectos jurídicos, por cuanto, y esto es lo sustancial en relación a los supuestos que conforman el tipo penal básico, se encuentra implícito en la naturaleza del bien jurídico tutelado (libertad) que no es posible otorgar consenso para ser considerado un objeto o una cosa y formar parte de del mercado de bienes y servicios. Se trata de la esencia*

de lo humano, cuya propia explotación no puede ser consentida por el sujeto sin la afectación de la condición de persona, de su libertad como bien que le es inherente”.

En los extractos de los fallos mencionados supra, observamos continuamente cómo los jueces justifican su postura anulando el consentimiento de prostitución en cuanto este afecta la libertad de quien lo da, haciéndose como objeto. Pero ¿qué sucede con la libertad sexual y la privacidad? ¿De qué libertad se habla si quien ofrece un servicio sexual lo hace, precisamente, por la elección que le confiere la libertad individual? En este punto podemos ver que la “libertad individual” es considerada por el Estado como violada al momento de que el sujeto decide ejercer la prostitución; y en cambio, por parte del sujeto, debido al consentimiento y a la libertad individual, es capaz de elegir dedicarse al trabajo sexual. Vemos en este sentido la contradicción de un principio constitucional según de qué lado se lo analice.

3. Derechos constitucionales en pugna. La ponderación y la subsunción

A raíz del análisis suscitado, haré un breve estudio en cuanto a qué principios prevalecerían entre los que se utilizan para justificar la prohibición de la prostitución y los que se proclaman para ejercerla.

Para ello primero explicaré las diferentes teorías que pueden ser utilizadas a la hora de analizar los principios jurídicos que se encuentran en conflicto y escogeré la Teoría de Moreso¹⁷ para explicar y darle una solución ficticia al tema en cuestión.

3.1. Introducción según Moreso

En su trabajo “Conflictos entre Principios Constitucionales”, Juan José Moreso introduce el tema de una forma clara y precisa que no puede ser dejada de lado. El mismo dice:

¹⁷ Cfr. MORESO, “Conflictos entre principios constitucionales”, en AAVV *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

“La aplicación del Derecho suele concebirse como la actividad consistente en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado. Para tal fin, se trata de mostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma jurídica aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa. A dicha operación se la conoce con el nombre de subsunción. Sin embargo, cuando se trata de la aplicación de los principios constitucionales (en especial principios que establecen derechos), se argumenta, a veces, que la operación de la subsunción no es adecuada y que debe sustituirse por otra operación denominada ponderación”.¹⁸

La principal teoría de Moreso, a diferencia de otros autores, es demostrar que la ponderación y la subsunción no son más que mecanismos complementarios y no contradictorios. Pero nos encargaremos de eso más adelante. Por lo pronto, introduciremos dos teorías particularistas, contrarias al pensamiento de Moreso, la de Guastini y la de Alexy.

Antes de comenzar, debo clarificar conceptualmente a lo que se denomina por “subsunción”. Es la operación consistente en establecer que un caso determinado es una instancia de un caso más general. Se distinguen dos casos de subsunción: a) La individual: se afirma que un determinado caso individual es una instancia de un caso; y b) La genérica: donde un determinado caso genérico está incluido en otro caso genérico.

3.2. *Concepción guastiniana de la ponderación*

Según Guastini, la ponderación presenta tres características: La primera, se realiza entre dos principios en conflicto, cuyos supuestos de hecho se superponen parcialmente (antinomia de carácter parcial-parcial) la cual no se puede resolver. La segunda, consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto. Es una relación valorativa

¹⁸ Cfr., ibídem.

establecida por el intérprete, mediante un juicio de valor. Y una tercera que indica que la jerarquía valorativa es establecida en su caso concreto, conformándose una jerarquía móvil, es decir que el conflicto no queda resultado de una forma estable, sino que toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto y es imprevisible la solución del mismo caso en un futuro.

A raíz de los principales conceptos de esta teoría, se llega a la conclusión de que la actividad de elegir entre principios en conflicto sería no controlable racionalmente porque dependerían de juicios de valor subjetivos y de propiedades de las circunstancias que no se pueden generalizar. Los principios constitucionales no pueden ser resueltos de una forma controlable racionalmente.

3.3. *Alexy y la ponderación*

Según Alexy, cuando dos principios entran en colisión uno de ellos ha de ceder frente al otro. No significa que uno de ellos sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción. Sucede que en determinadas circunstancias un principio cede ante el otro.

Por esta razón afirma que, en los casos concretos, los principios tienen diferente peso y el conflicto ha de resolverse según la dimensión del peso y no la de validez. Y una vez establecida la relación entre los principios en conflicto, esta permite obtener una regla para resolver el caso: la ley de colisión. Las reglas que surgen de esta ley hacen conciliables “la ponderación en el caso particular y la universalidad”. Pero esta teoría tampoco comprende todas, o la mayoría, de las posibilidades genéricas que puedan darse.

3.4. *La teoría de Moreso*

Moreso afirma que la única forma de huir del particularismo consiste en concebir una reformulación ideal de los principios que tenga en cuenta todas las propiedades potencialmente relevantes.

Si dos principios entran en colisión, se debe proceder a reformularlos de manera de establecer una jerarquía condicionada entre ellos y que sea susceptible de una universalización consistente (que no produzca conflictos en otros niveles). De esta manera, usando las ideas de Alchourrón y Bulygin, se permitirá construir una división en los casos del universo del discurso.

Esta teoría conformada por un simple sistema normativo regula de manera consistente y completa todos los casos posibles de su universo de casos. No hay más deberes derrotables porque surgen de la reformulación, de la explicitación de las asunciones implícitas, de los principios en conflicto. Dan lugar a un sistema normativo de pautas condicionales, pero inderrotables, que permite subsumir los casos individuales en algunos de los casos genéricos disponibles.

Por supuesto que pueden quedar muchas dudas acerca de si una información es o no de interés, pero se trata de dudas producidas por la textura abierta de nuestros conceptos, para resolver un caso individual deberemos primero subsumirlo en alguno de los casos genéricos. También podrá cuestionarse cuáles son las únicas propiedades relevantes y puede disputarse alguna tesis de relevancia adecuada.

La idea de la ponderación que propone Moreso, a través de teorías de Hare, explica que: por una parte, se tiene a los textos constitucionales como un conjunto de principios *prima facie*, que pueden entrar en conflicto entre sí y que aparecen en un contexto inarticulado (se trata la comprensión de la constitución solamente en el nivel intuitivo o *Master Book* según Alchourrón).

En el nivel crítico, los principios son articulados en un esquema general que da una respuesta unívoca para cada caso, puesto que cada caso individual es una instancia de un caso genérico que correlaciona el caso con una solución normativa, posibilitando la subsunción. En este nivel, la Constitución constituye un sistema normativo capaz de ofrecer respuestas

consistentes y completas para todos los casos. Pero, como toda idealización, algunos resultados restan indeterminados, a estos casos se les deberá dar otro tipo de trato que no viene a consideración.

Idealmente el juez constitucional opera con un conjunto delimitado de propiedades relevantes que permiten correlacionar determinados casos genéricos con sus soluciones normativas. La ponderación consiste en la articulación de ese conjunto de propiedades relevantes, en la explicitación de las condiciones de aplicación que previamente era sólo implícitas.

Una vez realizado esto, la aplicación de los principios consiste en la subsunción de casos individuales en casos genéricos. Es así como Moreso, mediante su teoría, torna a la ponderación y la subsunción como dos métodos compatibles y complementarios.

3.5. *La resolución del conflicto a través de la práctica*

Una vez explicada la teoría de Moreso, vamos a intentar aplicarla a los principios constitucionales en conflicto que intentan proteger, por un lado, aquellos que penan la prostitución y, por el otro, aquellos principios que principalmente y en un contexto social y cultural diferente, la protegerían sin penarla.

Si bien los principios constitucionales involucrados cuando hablamos de prostitución y de trata son numerosos, nos limitaremos, para hacer más sencilla la explicación, a dos principales:

La *libertad individual*, que es la que intenta proteger la legislación por medio de la pena a la prostitución o a cualquier persona que se aprovechase de ella, entendiendo estos, que “*se encuentra implícito en la naturaleza del bien jurídico tutelado (libertad) que no es posible otorgar consenso para ser considerado un objeto o una cosa y formar parte de del mercado de bienes y servicios. Se trata de la esencia de lo humano, cuya propia explotación no puede ser consentida por el sujeto sin la afectación de la condición de persona, de su libertad como bien*

que le es inherente".¹⁹ Forma parte de la primera generación de derechos humanos y proscribire el valor constitutivo de la persona en cuanto tal, fundamento de sus deberes y derechos, conforme al cual cada uno puede decidir autónomamente sobre las cuestiones esenciales de su vida, haciéndose responsable ante la sociedad de las consecuencias de sus decisiones y de los resultados de su propia acción.

El derecho a la privacidad, proclamado en nuestra Constitución en el artículo 19: "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". El cual alegan las trabajadoras sexuales a la hora de la defensa de su trabajo y el continuo pedido de una normativa digna para el reconocimiento de su trabajo.

Cabe aclarar, si bien no lo especificaremos en el ejemplo, que, a la hora de prohibir la prostitución se ve afectada la libertad individual de las trabajadoras que precisamente intenta proteger la legislación. Una acción que, además, prejuzga y discrimina el trabajo escogido por parte del Estado, impidiéndoles ejercerlo con libertad. Vemos aquí, claramente, la afectación de otros derechos constitucionales de la persona.

A partir de lo expuesto, analizaremos cuál de los dos derechos primaría según las siguientes propiedades relevantes: el consentimiento y las condiciones dignas del trabajo.

Por *consentimiento* entenderemos al mediado por parte de quien realiza el trabajo sexual, sin vicio de este. Por *condiciones dignas* se entenderá a aquellas referidas a la concepción que debe tener cualquier otro trabajo: sin tratos degradantes hacia la persona humana. En este caso específicamente, la violencia en todas sus variantes.

¹⁹ Cámara Federal de Casación Penal, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Marchissio, Nelssy Lidia, 12/07/2019, Id SAJ: FA19260118.

C = consentimiento CD = condiciones dignas P = penar

Tenemos, por otro lado, las normas:

$$N_1 = C \ \& \ CD \rightarrow V_p \qquad N_2 = \neg C \rightarrow O_p \qquad N_3 = \neg CD \rightarrow O_p$$

	C	CD	N_1	N_2	N_3
1	+	+	V_p		
2	-	+		O_p	
3	+	-			O_p
4	-	-		O_p	O_p

Mediante la matriz realizada se deducirá entonces que: en los casos donde no medie consentimiento ni condiciones dignas de trabajo prevalecerá el principio de libertad individual que utilizan la legislación actual al encuadrarse en situaciones de trata de personas. Donde los jueces estarán facultados para juzgar y penar el caso en particular.

Pero si existe la libertad de consentimiento y las condiciones dignas como cualquier otro trabajo, prevalecerá la elección del sujeto de realizar trabajos sexuales y su derecho al principio de privacidad. Un campo en donde las únicas normas aplicables serán aquellas que regulen el trabajo sexual.

De esta manera, reformando los principios, convirtiéndolos en normas y sistematizándolos, se arriba a una solución de controversia de principios sin intermediar la subjetividad del juez y la irracionalidad que a veces conlleva eso.

V. Conclusión

En primer momento el presente trabajo versaría únicamente sobre la sección dos: la vaguedad en el concepto de “situación de vulnerabilidad”. Pero para analizar el artículo 145 ter de las últimas dos modificaciones del código penal argentino, y del cual se desprende el mismo, primero debía de conocer su

normativa antecedente, los inicios de la codificación de la trata y los motivos por los cuales habían introducido el concepto al mismo.

El análisis histórico y normativo del delito de trata me pareció tan enriquecedor y complementario a lo que se había explicado durante el curso que me pareció un desperdicio de material no relacionar los demás temas planteados y vistos en clase con el avance de la codificación del delito de trata. Así es como se extrajeron tres ejes normativos centrales para utilizarlos de ejemplo.

Inicialmente se plantearon los conceptos principales vistos en las primeras unidades sobre la distinción de ordenamiento jurídico, sistema jurídico y normas jurídicas. Así se las explicó por medio del avance paulatino de la codificación a través de las primeras promulgaciones y derogaciones de las leyes. Se vio entonces el carácter dinámico del derecho y los ordenamientos jurídicos y el estático de los sistemas. Además, se pudo dar cuenta de qué es lo que sucedía cuando con la promulgación y derogación de las normas se dejaban vacíos legales, cómo se remediaban estos.

En la segunda parte del trabajo se trató el primero de los temas que había sido considerado como eje central. Ya con una normativa más avanzada en cuando al delito mismo, se vio que, aunque no existían vacíos legales, sí eran afectadas las normas por medio de otro de los problemas del derecho y el lenguaje como era la vaguedad. Se pasó por las diferentes teorías contempladas por los doctrinarios para su subsanación y la necesidad de una normativa complementaria que no recayera puramente en la subjetividad de los jueces a la hora de dictar sentencia.

Por último, se hizo un breve análisis y comparación de los principios en pugna que versan en el delito de prostitución que fue incluido conjuntamente en el artículo de trata. Por medio de la anulación del consentimiento de quien elegía ejercer el trabajo sexual, la pena por parte del “sujeto activo” que hacía

provecho de este y la creencia de los jueces de que quien decidía prostituirse no lo escogía inteligentemente, sino que a raíz de una “situación de vulnerabilidad”, se equiparó en los últimos años la trata con la prostitución. Y es que no parece justa tal clasificación, pues, considero, como se dejó en claro en la última sección, que existe un conflicto de principios constitucionales entre quienes deciden utilizar su cuerpo como medio de trabajo y quienes intentan “proteger” a esas personas de su decisión por no considerarlas, en cierto punto, totalmente libres para tal decisión.

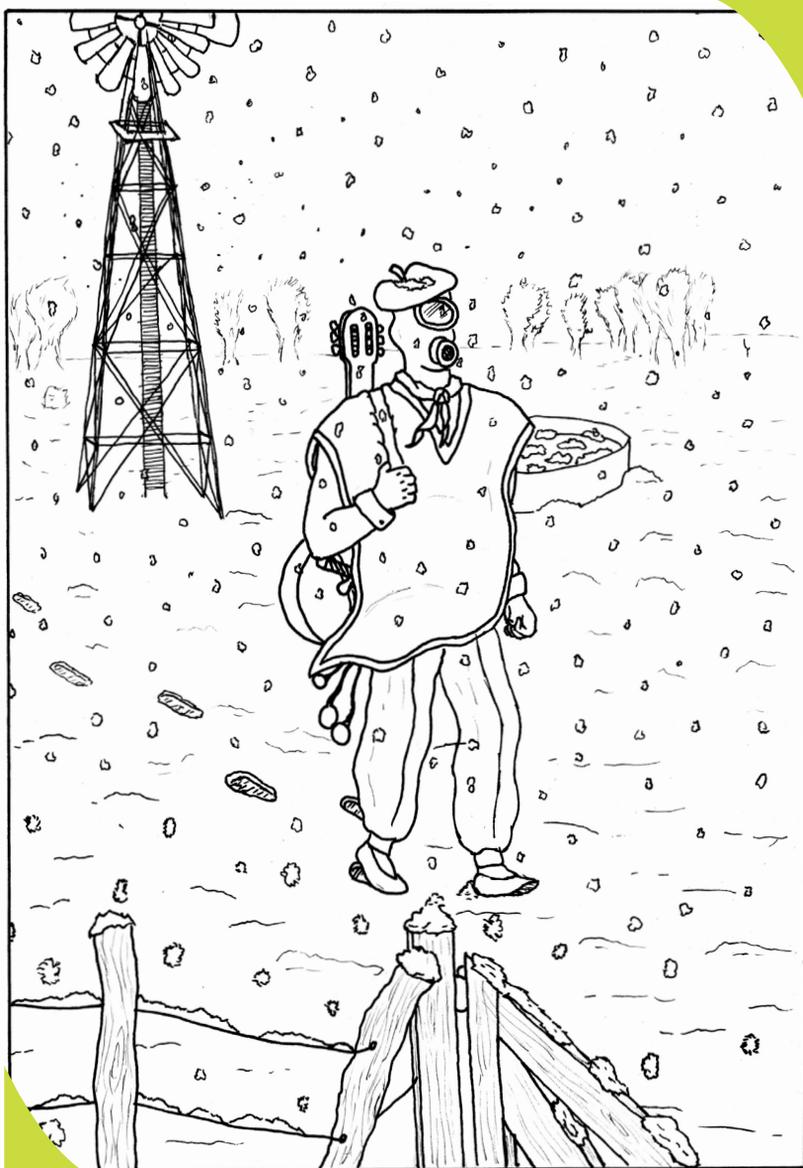
El breve análisis teórico y comparativo que se realizó por medio de este trabajo da cuenta la precisión y consciencia que se debe tener a la hora de utilizar el lenguaje jurídico, ya sea mediante la promulgación o derogación de nuevas normas, la ampliación de ellas o el dictado de sentencias. La imprecisión en las palabras utilizadas, la no contemplación casos generales o la carencia de reglas que definan situaciones específicas puede provocar el socavamiento de derechos o la libertad de imputados.

VI. Bibliografía

- Alchourrón, Carlos & Bulygin, Eugenio (1971) *Normative Systems*. Editorial Springer Verlag. New York
- Alchourrón, Carlos (1976) “Sobre el concepto de orden jurídico” en *Crítica*. N° 23 CDMX
- (2000) “Sobre derecho y lógica” en *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N° 13. Buenos Aires.
- Alonso Juan Pablo (2006) *Interpretación de las normas y derecho penal*. Ediciones Didot. Buenos Aires
- (2013) “Principios jurídicos implícitos y coherencia” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 36. Buenos Aires. En línea en: <https://doxa.ua.es/article/view/2013-n36-principios-juridicos-implicitos-y-coherencia>
- (1995) “Un caso difícil en el código civil español” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 17-18. Buenos Aires. En línea en: <https://doxa.ua.es/article/view/1995-n17-18-un-caso-dificil-en-el-codigo-civil-espanol>

- Barbitta Mariana (2008) *Trata de Personas*. Ed. Asociación Pensamiento Penal. Buenos Aires
- Bernal Pulido, Carlos (2003) “Estructura y límites de la ponderación” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 26. Buenos Aires. En línea en: <https://doxa.ua.es/article/view/2003-n26-estructura-y-limites-de-la-ponderacion>
- Bulygin Eugenio (1991) “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos” en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 9. Buenos Aires.
- Informe de la Procuraduría de Trata y Explotación De Personas, Reseña Jurisprudencial sobre casos de trata de la Cámara Federal de Casación Penal, 2016.
- Ley de Profilaxis, Ley 12.331, 1955. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-22532-1954-195046/texto>.
- Moreso, José (2010) “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos” en *Arbor*. N° 186. En línea en: <http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/view/1232.com>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2013) *Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros “medios” en el contexto de la definición de trata de personas*. En línea en: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2016/Abuse_of_a_position_of_vulnerability_Spanish.pdf
- Pérez Porto José y Andrés Gardey (2011) *Definición de ordenamiento jurídico*. En línea en: <https://definicion.de/ordenamiento-juridico/>
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2003). Parlemo. En línea en: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008) Brasilia. En línea en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>
- Soler Sebastián (1992) *Derecho Penal Argentino*. Editorial Tea. Buenos Aires.

INVESTIGACIONES



Sones dactilares

se les hizo necesario sonar
antes de empezar a escribir

como si hablaran

no emiten palabra alguna,
pero truenan

sienten, señalan,
acarician,
simbolizan

no hablan,
pero truenan

van con unx
mas se desprenden

tienen vida propia
una emancipación liberadora

como sus truenos
suenan óseos

queriendo decir todo
disponiéndose a resonar por ello

Autora: Morena Petti Rosso

Ilustración de portada: *Tadeo Luengo*

El ocio como anti-derecho. Una revisión de la arquitectura económica de los derechos humanos¹

Leisure as anti-law. A review of the economic architecture of human rights

Ana María Bonet de Viola²;
Yael Selene Saidler³ y Esteban Piva⁴
Universidad Católica de Santa Fe - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 535-554

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e433>

Recibido: 10/06/2020

Aprobado: 15/08/2020

I. Introducción

La arquitectura económica del derecho occidental vigente adopta la dicotomía trabajo-descanso como modelo regulatorio del tiempo humano. Ello se plasma en un primer lugar en el derecho laboral y luego en los derechos humanos de contenido

¹ Artículo de reflexión jurídica. Este artículo fue redactado en el marco del Proyecto de Investigación "Derechos humanos y economía. Relaciones y tensiones entre los derechos sociales y ambientales y el orden jurídico-económico transnacional", dirigido por Ana María Bonet de Viola y financiado por la Universidad Católica de Santa Fe, Argentina (2019-2022).

Los autores realizan un especial reconocimiento a Federico Ignacio Viola que, a partir de su café filosófico acerca del "Elogio de la pereza", ha inspirado la temática del presente artículo.

² Dra. en Derecho, abonet@ucsf.edu.ar (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9991-5475>).

³ Estudiante de Derecho, ssaidler@ucsf.edu.ar (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1523-4128>).

⁴ Estudiante de Derecho, epiva@ucsf.edu.ar (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7466-4411>).

social. Este esquema regulatorio de gestión del tiempo significa la traducción jurídica de una lógica de productividad, propia del discurso desarrollista, gestado a partir de la segunda mitad del siglo XX (cf. Sachs, 1996, p. 2)⁵.

La absorción de los parámetros del tiempo por la lógica de la productividad afectó la valoración del trabajo y del tiempo libre, orientando todo tiempo humano a un fin económico. La lógica de la productividad se apropió de los conceptos de trabajo y de ocio, y adoptando la narrativa de la dignidad, llegó a convertirlos en derechos. En esta lógica el descanso es comprendido como contrapartida del trabajo, y ciertamente supeditado a éste. Esta economización del tiempo humano ha descalificado todo estado de ‘desocupación’, por improductivo, por antieconómico.

Si bien en una primera aproximación suele ser relacionada con el mercado, esta lógica económica no se limita tan sólo al ámbito comercial. En sentido amplio abarca toda teleología, toda persecución de un fin. Aunque con el tiempo las corrientes humanizadoras han impulsado una redefinición de esta dicotomía procurando orientarla al concepto de realización humana, en la práctica jurídica no la han logrado escindir de la lógica liberal que subyace al derecho moderno.

La lógica económica, de intercambio y reciprocidad, es reticente a cualquier don, en cuanto sacrificio, y por lo tanto en principio contraria a toda responsabilidad – a toda entrega ‘desinteresada’ por la alteridad – (cf. Derrida, 1995, p. 16)⁶. A través del elogio del tiempo productivo, como tiempo de referencia, el mercado gana margen frente al tiempo del don, que es tiempo para el otro (Penchazadeh, 2011, p. 160, 167)⁷.

⁵ Sachs, W. (1996). “Introducción” en W. Sachs (Ed.), *Diccionario del Desarrollo. Una guía del conocimiento como poder*. Pratec. Perú.

⁶ Derrida, J. (1995). *Dar (el) tiempo: La moneda falsa*. (1a. ed, Vol. 73 TS-W). Paidós Ibérica. Barcelona.

⁷ Penchaszadeh, A. P. (2011). “Política, don y hospitalidad en el pensamiento de Jacques Derrida” en *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, 44(enero-junio), 257–271.

Este trabajo retoma la perspectiva derridiana del tiempo como don para reivindicar el ‘potencial improductivo’ del ocio, a partir de su carácter atemporal respecto de los parámetros temporales de la economía. El ocio tiene la capacidad de detener el tiempo de la producción, de la economía, de la reciprocidad, para dar lugar al tiempo del don, de la entrega de sí – que es entrega del propio tiempo, en cuanto lo único que puede ser ‘donado’ (cf. Derrida, 1995, p. 16 ss.)⁸ –. Tiempo para el encuentro con el otro, para el gozo de ese encuentro con la diferencia. Este ocio ‘antieconómico’ incorpora un elemento de trascendencia respecto de la lógica mercantilista del derecho liberal individualista moderno. Su recepción jurídica puede por eso contribuir en la consolidación de un derecho menos autorreferencial, menos hegemónico, más plural, más ‘acogedor’ de las diferencias.

II. Productividad e improductividad en el paradigma del desarrollo

El paradigma desarrollista emerge en el ámbito internacional a partir del discurso de asunción de Harry Truman como presidente de los Estados Unidos, en 1949. En el famoso ‘punto 4’⁹ Truman (1949) instauró en la arena público-política la dico-

⁸ Derrida, J. (1995). *Dar (el) tiempo: La moneda falsa*. (1a. ed, Vol. 73 TS-W). Paidós Ibérica. Barcelona.

⁹ “Fourth, we must embark on a bold new program for making the benefits of our scientific advances and industrial progress available for the improvement and growth of underdeveloped areas. More than half the people of the world are living in conditions approaching misery. Their food is inadequate. They are victims of disease. Their economic life is primitive and stagnant. Their poverty is a handicap and a threat both to them and to more prosperous areas. For the first time in history, humanity possesses the knowledge and skill to relieve suffering of these people. The United States is pre-eminent among nations in the development of industrial and scientific techniques. The material resources which we can afford to use for assistance of other peoples are limited. But our imponderable resources in technical knowledge are constantly growing and are inexhaustible. I believe that we should make available to peace-loving peoples the benefits of our store of technical knowledge in order to help them realize their aspirations for a better life. And, in cooperation with other nations, we should foster capital investment in areas needing development. (...) What we envisage is a program of development based on

tomía desarrollo-subdesarrollo, al referirse a la necesidad de un ‘programa de desarrollo’ en torno a la industrialización y la tecnología (Sachs, 1996, p. 1; Carballo, 2016, p. 69)¹⁰.

Herederero de la narrativa progresista moderna, el paradigma del desarrollo significó un traspaso del centro de producción del discurso hegemónico de Europa a Estados Unidos y sentó las bases del proceso de globalización del capital, la ciencia y la tecnología (cf. Escobar, 2007, p. 20)¹¹.

El proceso de globalización del derecho se hizo eco de este traspaso. Así como los derechos fundamentales liberales – arraigados en las constituciones del siglo XIX – sostuvieron el paradigma progresista ilustrado moderno de raigambre europea, la persistencia del trasfondo liberal en la institucionalización de los derechos humanos – asentados en los tratados internacionales de las posguerras mundiales – vino a consolidar el esquema desarrollista economicista de perfil estadounidense¹².

the concepts of democratic fair-dealing. All countries, including our own, will greatly benefit from a constructive program for the better use of the world's human and natural resources. Experience shows that our commerce with other countries expands as they progress industrially and economically" (Truman, H. (1949). Inaugural Addresses. Truman Library. Public Papers).

¹⁰ Sachs, W. (1996). "Introducción" en W. Sachs (Ed.), *Diccionario del Desarrollo. Una guía del conocimiento como poder*. Perú: Pratec; Carballo, A.E. (2016). "Pensando el desarrollo: Una genealogía latinoamericana" en A.M. Luna Bravo, J.L. Beling, E. Adrián, A.M. Bonet de Viola (Eds.), *Pluralismo e interculturalidad en América Latina en tiempos de globalización* (pp. 63-87). Grama. Buenos Aires, Argentina.

¹¹ Escobar, A. (2007). *La invención del tercer mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo*. El perro y la Lana. Caracas, Venezuela.

¹² Esta preponderancia estadounidense se denota ante todo en la división de los derechos humanos en dos pactos, lo cual habilitó su diferente tratamiento respecto de la vinculabilidad. Ello se plasmó por ejemplo en la diferente redacción del artículo 2 de ambos textos que, aunque similares, incorporan una decisiva distinción respecto de las obligaciones de los países firmantes respecto de los derechos incorporados en ambos textos – el PDGP (Pacto de los Derechos Civiles y Políticos) obliga a "realizar" los derechos, mientras que el PDESC (Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) obliga tan sólo a "tomar las medidas necesarias según los recursos disponibles para la realización de los derechos." Además el PDGP incorpora desde su redacción original un órgano de control de cumplimiento – el Comité de los Derechos Humanos –. El PDESC incorporó al Comité de los DESC como órgano de control de cumplimiento recién con el Protocolo facultativo del PDESC de 2008,

Focalizado en el crecimiento económico, el Producto Bruto Interno (PBI) pasó a convertirse en el principal índice valorativo tanto de la economía como también de la política y de una convivencia social abocada a la productividad y el consumo (cf. Latouche, 2010, p. 48; Esteva, 1996, p. 60)¹³. A través de programas de cooperación, las agencias internacionales asumieron este paradigma, llegando a adquirir tal grado de prescriptividad que la década de los años 60 fue declarada por la Organización de las Naciones Unidas como la ‘década del desarrollo’ (UN, 1962)¹⁴.

El paradigma desarrollista se asienta sobre una lógica productivista que responde al criterio de producción capitalista y la incuestionabilidad del crecimiento económico (cf. vg. Escobar, 2007, p. 66, 77, 132)¹⁵. Naturaleza y humanidad son sometidos bajo este paradigma a una lógica clasificatoria según la utilidad mercantil, es decir según la generación de lucros en un determinado ciclo de producción (Sousa Santos, 2006, p. 77)¹⁶.

La dicotomía trabajo-tiempo libre es producto de la aplicación de la lógica de la productividad al régimen de gestión del tiempo humano. Esta dicotomía tiene como premisa en primer lugar una disociación del tiempo humano entre tiempo productivo y tiempo improductivo: el tiempo de trabajo es tiempo productivo, el tiempo que no se trabaja es tiempo improductivo, ocioso, tiempo ‘libre’. En segundo lugar presupone una comprensión mercantilista del trabajo, que valora toda ocupación que pueda traducirse en términos económicos, lo cual excluye

que entró en vigor recién en 2013 y para los firmantes. Demostrando una abierta reticencia a la vinculabilidad de los DESC, Estados Unidos sólo ratificó el PDCP.

¹³ Latouche, S. (2010). *El decrecimiento como solución a la crisis*. Mundo Siglo XXI, (21), 47-53; Esteva, G. (1996). “Desarrollo” en W. Sachs (Ed.), *Diccionario del Desarrollo*. Una guía del conocimiento como poder. Pratec. Perú.

¹⁴ UN, (United Nations). (1962). *The United Nations Development Decade: Proposals for Action*. New York, EE.UU.

¹⁵ Escobar, A. (2007). *La invención del tercer mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo*. El perro y la Lana. Caracas, Venezuela.

¹⁶ Sousa Santos, B. de. (2006). *Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria*. Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales UNMSM. Perú.

de suyo nobles ocupaciones como las del ‘cuidado’ que por anti-económicas han quedado relegadas.

El elogio del tiempo productivo conlleva así un proceso de ‘normalización’ del *homo laborans*, en cuanto sujeto económicamente activo y funcional al ‘mercado laboral’, y una consecuente desvalorización del tiempo improductivo, en cuanto antieconómico. Esta normalización implica una comprensión del ser humano como máquina – vg. de las virtudes de operatividad maquinal como la disciplina, la puntualidad, precisión, orden, diligencia, resistencia – y una consecuente mecanización de los tiempos humanos en torno al esquema de productividad industrial (cf. Gronemeyer, 1996, p. 15)¹⁷.

La centralidad que esta lógica otorga a la producción se tradujo entonces en la consecuente dicotomía trabajo-descanso. El tiempo improductivo pasa a convertirse en tiempo de descanso; descanso respecto del tiempo de trabajo. El tiempo libre como tiempo de descanso pasa a estar al servicio del tiempo del trabajo. Se descansa para volver a trabajar (Calderón Medina, 2009, p. 184)¹⁸. En el esquema productivista el ocio es admitido como ‘compensación’, como recarga de energías para seguir produciendo. El ‘acceso al ocio’ se convierte así en una prerrogativa, en un derecho, pues ‘sirve’ al sistema. Este ocio forma parte del circuito económico, pues contribuye a sostenerlo.

En este mismo esquema retributivo se ha incluso desarrollado toda una industria relacionada con el ocio y el ‘tiempo libre’ (cf. vg. Prats, 2006)¹⁹. Jurídicamente fue incluso recepcionado el derecho al turismo, reconocido como un derecho

¹⁷ Gronemeyer, M. (1996). “Ayuda” en W. Sachs (Ed.), *Diccionario del Desarrollo. Una guía del conocimiento como poder*. Pratec. Perú.

¹⁸ Calderón Medina, C. O. (2009). “Las concepciones teóricas sobre tiempo libre, ocio, recreación, actividades creativas y recreativas.” *Construcción de Conocimiento Científico, Educación y Tesis Doctoral: Relevancia, Pertinencia e Innovación*, 181–193.

¹⁹ A manera de ejemplo, el artículo 1 de la Ley Nacional de Turismo (Arg.), Ley N° 25.997, sancionada en el año 2004, reconoce al turismo como de interés nacional por tratarse de una actividad “socioeconómica, estratégica y esencial para el desarrollo del país.”

humano derivado del derecho al ocio y al descanso (Maniatis, 2019, p. 181)²⁰.

Sin llegar a revisar el paradigma desarrollista, las críticas marxistas a la explotación proletaria, recuperan el concepto de ocio como tiempo libre o improductivo (cf. Cleaver, 1996, p. 353)²¹, pero lo terminan convirtiendo también en un derecho. Si bien cuestionan la idea de que la modernidad, el individuo y el mercado vayan a generar prosperidad, estas críticas no alcanzan el núcleo desarrollista. En cambio, lo terminan redireccionando hacia una justicia social (Escobar, 2002, p. 5; cf. tb. Calderón Medina, 2009, p. 185)²². En este esquema el ocio se convierte en un “derecho social”.

En el paradigma liberal y progresista del derecho moderno, el ocio surge como un derecho social y como todos los derechos sociales, orientado a los sectores vulnerables. No es que los sectores propietarios no aspiren al ocio. En ellos en cambio se da por sentado. Así como los demás derechos sociales como la alimentación, la vestimenta o la vivienda, el ocio se da por presupuesto (cf. Bonet de Viola, 2018, p. 7)²³. Ello pone de resalto que, al igual que los otros derechos sociales, el ocio es un presupuesto de la libertad. La afirmación de la prioridad de las libertades se da por parte de los sectores sociales que ya gozan de los derechos sociales como el ocio. En el esquema liberal del derecho ‘de propietarios’ (Luhmann, 2015, p. 3)²⁴ el

²⁰ Maniatis, A. (2019). “¿Hay un derecho al turismo?” en *Cuestiones Constitucionales*, 40.

²¹ Cleaver, H. (1996). “Socialismo” en W. Sachs (Ed.), *Diccionario del Desarrollo. Una guía del conocimiento como poder*. Pratec. Perú.

²² Escobar, A. (2002). *Globalización, Desarrollo y Modernidad*. Corporación Región, Ed. Planeación, Participación y Desarrollo, 9–32; Calderón Medina, C. O. (2009). “Las concepciones teóricas sobre tiempo libre, ocio, recreación, actividades creativas y recreativas”. *Construcción de Conocimiento Científico, Educación y Tesis Doctoral: Relevancia, Pertinencia e Innovación*, 181–193.

²³ Bonet de Viola, A. M. (2018). “Derechos sociales, normas de acceso y democracia. La agenda de los derechos humanos para una convivencia solidaria” en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 26, 3–27.

²⁴ Luhmann, N. (2015). “El origen de la propiedad y su legitimación: Un recuento histórico.” *Revista Mad*, 33, 1–17.

acceso al ocio surge como una reivindicación de los sectores ‘desposeídos’.

III. El ocio como derecho

Como antecedentes de la regulación jurídica del ocio, pueden detectarse, a nivel internacional las menciones que algunos convenios de la OIT (vg. 1939; 1957; 1957)²⁵ venían haciendo respecto del descanso y los límites de las horas de trabajo.

Desde esta perspectiva del ocio como descanso, la Declaración de los Derechos Humanos enuncia en su artículo 24 que “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”. En términos similares, en el PDESC (1966)²⁶ se encuentra recepcionado “el derecho al descanso, el disfrute del tiempo libre y la limitación razonable de las horas de trabajo, las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos” en el inciso d) del artículo 7, como parte del derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.

En ambas acepciones, si bien se reconoce el derecho a toda persona, este reconocimiento se asocia en su contexto al perfil de ‘el trabajador’ – entendido como empleado, como trabajador en relación de dependencia –. En este sentido también la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000)²⁷ reconoce en su artículo 31.2 el derecho de todo trabajador a “la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”.

²⁵ OIT. (1939). Convenio sobre las horas de trabajo y el descanso para trabajadores del transporte por carretera (C067); OIT. (1957). Convenio sobre el descanso semanal para trabajadores de comercio y oficinas (C106); OIT. (1957) Recomendación sobre el descanso semanal para trabajadores de comercio y oficinas (R103).

²⁶ Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. AGNU: Resolución 2200A (XXI).

²⁷ UE. (2000). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Siguiendo esta línea del ocio como descanso, en el marco de los derechos humanos este derecho se encuentra en principio relacionado con el derecho al trabajo. En este sentido y en referencia a la recepción del concepto en la Declaración Universal (1948)²⁸, las Naciones Unidas lo reconocen explícitamente como ‘la otra cara del derecho del trabajo enunciado en el artículo 23’, y lo describen como “el derecho a no trabajar en exceso”, aclarando que no debe interpretarse como “derecho a la pereza” (ONU, 2018)²⁹.

Esta especial advertencia pone en evidencia el trasfondo desarrollista del concepto, su funcionalidad al esquema productivista que sostienen los derechos humanos. El ocio es comprendido como una necesidad para obtener un mejor rendimiento (Elizondo Gasperín, 2016)³⁰. El explícito rechazo a la idea de ‘derecho a la pereza’ trae a colación un famoso texto de Lafargue en el que, bajo este título, el yerno de Marx elogia la pereza como estrategia de escape del sistema capitalista de la explotación a través del trabajo (2000; Maerk, 2000)³¹.

Existe en cambio en la recepción normativa del derecho al ocio como descanso un trasfondo desarrollista, que implica un elogio del trabajo en cuanto actividad ‘productiva’. El ocio como descanso implica tan sólo una pausa de recuperación en el circuito de producción. En este sentido la Carta Social Europea (1961)³² postula en su artículo 2 el derecho al reposo semanal.

En un intento de revisión crítica de esta lógica utilitarista, una interpretación humanizadora de esta ‘pausa’ relaciona al ocio con el “derecho al desarrollo humano”, en tanto necesidad

²⁸ AGNU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III).

²⁹ ONU. (2018). “30 Artículos sobre los 30 Artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

³⁰ Elizondo Gasperín, M. M. (2016). “Derecho al ocio” en *Foro Jurídico (web)*.

³¹ Lafargue, P., (2000). “El derecho a la pereza, de Paul Lafargue” en *Revista Mexicana Del Caribe*, V(9), 1–25 (Traductora: Corarelo, M. C.); Maerk, J. (2000). “Derecho a la pereza, de Paul Lafargue” en *Revista Mexicana Del Caribe*, V(9).

³² Consejo de Europa. (1961). Carta Social Europea.

humana de descanso (Lázaro et al., 2012, p. 5)³³. Sin embargo, estas adaptaciones, no logran superar la dinámica autorreferencial del enfoque desarrollista. En cambio, el concepto de ‘desarrollo’ viene a adjetivar no sólo el modelo de convivencia social, sino que se aplica también al individuo particular. Este enfoque desarrollista presupone entonces también un ser humano ‘en desenvolvimiento’, tendiente a alcanzar un ‘estado superior’ – identificado con el modelo del sujeto moderno ideal – adulto activo y económicamente funcional. De allí el hecho que ‘los improductivos’ hayan quedado marginados de este modelo (Sousa Santos, 2006, p. 77)³⁴. Niños, amas de casa, ancianos, han quedado al margen del modelo desarrollista del sujeto ideal (cf. Escobar, 2007, p. 193-290)³⁵, necesitando en consecuencia un reconocimiento jurídico particular – en sus respectivas declaraciones y convenciones – como si no hubiesen sido comprendidos por la Declaración Universal (1948)³⁶ o los Pactos de 1966³⁷.

En este sentido, una particular referencia al descanso fuera del contexto del derecho al trabajo se encuentra en el artículo 31 de la ‘Convención sobre los Derechos del Niño’ (1989)³⁸ que incorpora el derecho de los niños “al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes”, así como “a participar plenamente en la vida cultural y artística

³³ Lázaro, Y., Madariaga, A., Lazcano, I., & Doistua, J. (2012). “El derecho al ocio: un derecho humano en ocasiones desconocido” en *VIII Jornadas Científicas Internacionales de Investigación sobre Discapacidad* (pp. 1–13).

³⁴ Sousa Santos, B. de. (2006). *Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria*. Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales UNMSM. Perú.

³⁵ Escobar, A. (2007). *La invención del tercer mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo*. El perro y la Lana. Caracas, Venezuela.

³⁶ AGNU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III).

³⁷ ONU. (1966). Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. AGNU: Resolución 2200 A (XXI); ONU. (1966). Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. AGNU: Resolución 2200A (XXI).

³⁸ ONU. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño.

y de esparcimiento”. En esta misma línea, aunque de manera implícita, el Punto 2 del artículo 30 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006)³⁹ que refiere al potencial relacional del tiempo ‘mercantilmente improductivo’, al obligar a los Estados a adoptar las “medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan desarrollar y utilizar su potencial creativo, artístico e intelectual, no sólo en su propio beneficio sino también para el enriquecimiento de la sociedad”.

En el esquema ‘humanizador’ del desarrollo el derecho al ocio puede ser comprendido también como aspecto del derecho a un nivel de vida digno (Calderón Medina, 2009, p. 190)⁴⁰. Desde esta perspectiva el ocio implica mucho más que un descanso respecto de la productividad, relacionándose con conceptos como recreación, tiempo libre, vida cultural y espiritual. Significa repensar el ocio como autorrealización, más que como vivencia de diversión (Cuenca Cabeza, 2003, p. 34)⁴¹.

Esta acepción más amplia del ocio puede ser identificada en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)⁴², que reconoce que “toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”. Nótese que en esta recepción el concepto se deslinda de la figura del trabajador, para abarcar a “toda persona”.

En esta línea también, aunque lo articula con la concepción de ‘pausa’, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes

³⁹ ONU. (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

⁴⁰ Calderón Medina, C. O. (2009). “Las concepciones teóricas sobre tiempo libre, ocio, recreación, actividades creativas y recreativas.” *Construcción de Conocimiento Científico, Educación y Tesis Doctoral: Relevancia, Pertinencia e Innovación*, 181–193.

⁴¹ Cuenca Cabeza, M. (2003). “El ocio como experiencia de desarrollo humano, un reto para el siglo XXI. Los retos del ocio y la discapacidad del siglo XXI” en *Actas de las V Jornadas de la Cátedra ONCE Ocio y Discapacidad. Documentos de Estudio de Ocio*, núm. 26. Universidad de Deusto.

⁴² AGNU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III).

del Hombre (1948)⁴³ reconoce el derecho al descanso en el artículo X junto con el “derecho a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico”. Es de particular notoriedad la referencia a la ‘utilidad’ respecto del empleo del tiempo libre, que procura una vez más que sea circunscrito en el esquema productivista. Ello muestra las dificultades de desprenderse del esquema productivista, de trasfondo económico, incluso para las acepciones amplias del concepto de ocio.

IV. El ocio como antiderecho

“Ocioso: desocupado, inactivo, perezoso, holgazán, vago, indolente, gandul, baragán, innecesario, inútil, vano, estéril, nulo.”⁴⁴

El esquema productivista del desarrollo ha contribuido a instituir una percepción negativa de lo ocioso como desocupación, inactividad, holgazanería, improductividad. De hecho, durante el proceso de expansión de este esquema productivista la ociosidad ha llegado a ser penada bajo la figura de la vagancia (Barandian, 2011, Sedeillán, 2006)⁴⁵. Se elogia el trabajo en tanto lucha, fatiga dignificante, virtud (Berthoud, 1996, p. 142)⁴⁶, bendición y mandato divino (Locke, 2015, p. 13)⁴⁷. Tiempo libre es

⁴³ IX Conferencia internacional americana. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Bogotá.

⁴⁴ WordReferece.com - Online Language Dictionaries – Español: Sinónimos.

⁴⁵ En la normativa argentina pueden citarse como ejemplos de estas penalizaciones pueden ser encontrados en los artículos 81 de la Ley 20.404/1973, en el artículo 17 de la Ley 13.018/1947, y en el artículo 22 de Ley 17.923/1944. Barandian, L. O. (2011). “La figura de la vagancia en el Código Rural de Buenos Aires (1856-1870)” en *Quinto Sol. Revista de Historia*, 15(1), 1–22; Sedeillán, G. (2006). “Las leyes sobre vagancia: Control policial y práctica judicial en el ocaso de la frontera (Tandil 1872-1881)” en *Trabajos y Comunicaciones*, (32), 141–166.

⁴⁶ Berthoud, G. (1996). “Mercado” en W. Sachs (Ed.) *Diccionario del Desarrollo*. Pratec. Perú.

⁴⁷ Locke, J. (2015). *Second Treatise of Government*. (J. Bennet, Ed.). Edición electrónica. Aunque la comprensión de trabajo de Locke pueda haber sido considerablemente abarcativa

tiempo perdido, salvo que sea resignificado – redimido – como recupero de energías o como compensación.

Entre los estudios del ocio se reconocen planteos alternativos a este desarrollista ya en la figura antigua de la ‘contemplación’ – en cuanto actividad de recreación del espíritu – (Rivas Fernández, 2006, p. 72; Calderón Medina, 2009, p. 183)⁴⁸, como así también en ciertas ideas de disfrute o diversión – a menudo asociadas a la vida burguesa –, o en las concepciones humanistas referidas al ocio como ‘tiempo de realización personal’ (Cuenca Cabeza, 2003, p. 34)⁴⁹. Estos planteos sin embargo mantienen una dinámica autorreferencial: el ocio, así como la producción, son entendidos como un ‘beneficio para sí’⁵⁰.

La mercantilización del trabajo y la consecuente mercantilización del ocio han acentuado esta dinámica autorreferencial en ambos conceptos. La institución del trabajo productivo como principal actividad – dignificante – del ser humano ha cancelado el potencial trascendental del ‘tiempo improductivo’ en cuanto ‘tiempo relacional’: tiempo de encuentro, tiempo para la alteridad.

- incluyendo actividades muy variadas desde recoger un fruto, pescar o plantar un árbol - (Vaughn, 1985, p. 3), con su concepto instituye una interpretación económica respecto del mandato divino de gobernar la tierra que permanece en el imaginario social hasta la actualidad.

⁴⁸ Rivas Fernández, J. B. (2006). “La sociedad del ocio: un reto para los archivos” en *Revista Códice*, 2(2), 71–82; Calderón Medina, C. O. (2009). “Las concepciones teóricas sobre tiempo libre, ocio, recreación, actividades creativas y recreativas”. *Construcción de Conocimiento Científico, Educación y Tesis Doctoral: Relevancia, Pertinencia e Innovación*, 181–193.

⁴⁹ Cuenca Cabeza, M. (2003). “El ocio como experiencia de desarrollo humano, un reto para el siglo XXI. Los retos del ocio y la discapacidad del siglo XXI” en *Actas de las V Jornadas de la Cátedra ONCE Ocio y Discapacidad. Documentos de Estudio de Ocio*, núm. 26. Universidad de Deusto.

⁵⁰ En el 6to Congreso Mundial del ocio del año 2000 se lo ha identificado como «un área específica de la experiencia humana que cuenta con sus propios beneficios», «una fuente importante para el desarrollo personal, social y económico y un aspecto clave de la calidad de vida» (Cuenca Cabeza, 2003, p. 39). La idea de beneficio, así como la funcionalidad del ocio para el desarrollo tanto personal, como social y económico mantiene al ocio en la dinámica económica.

‘Pasar el tiempo con otro’ es darse, es don de lo único que puede ser dado. Si el don sólo es posible – como en el pensamiento derridiano – fuera de la lógica del intercambio, dar el tiempo es el único don posible, porque es entrega de sí. No hay retorno, no hay reciprocidad. El don es entrega desinteresada, sacrificio de sí por el otro. La irrecuperabilidad del tiempo dado habilita la posibilidad de que acontezca el don (Derrida, 1995)⁵¹.

La absorción de trabajo y ocio por la dinámica económica – institucionalizada por el derecho laboral – ha sometido a ambos conceptos al ‘tiempo del mercado’: tiempo orientado a la productividad, la explotación, la acumulación y el consumo. Así como el tiempo de trabajo ha sido reducido al tiempo de productividad, el tiempo de improductividad ha sido reducido a tiempo de consumo, cuando no de mera compensación energética por el gasto en productividad.

La improductividad del ocio es antieconómica, rompe toda teleología, escapa a todo cálculo, a todo interés, obligando al sujeto a centrarse en un presente sin objeto, sin retorno. Le permite recuperar el carácter acontecimental del presente, el sentido del presente en sí (cf. Derrida, 1995, p. 36)⁵². Un presente que no puede ser reducido a un plan, que no puede preverse y por lo tanto tampoco puede ser aprehendido. El tiempo del don ocurre fuera de todo tiempo y por eso fuera de todo sistema económico-jurídico-social.

En este sentido el ocio subvierte la dinámica económica del derecho liberal que, aunque con matices sociales y ambientales, sigue rigiendo en occidente y en el derecho desde la modernidad⁵³.

⁵¹ Derrida, J. (1995). *Dar (el) tiempo: La moneda falsa*. (1a. ed, Vol. 73). Paidós Ibérica. Barcelona, España.

⁵² Derrida, J. (1995). *Dar (el) tiempo: La moneda falsa*. (1a. ed, Vol. 73). Paidós Ibérica. Barcelona, España.

⁵³ Respecto del carácter hegemónico de la línea liberal-moderna-desarrollista de los derechos humanos cf. Sousa Santos, 2014, p. 29.

V. Perspectivas

Si bien existen diversas teorías acerca del tiempo y la productividad así cómo distintas acepciones de los conceptos de ocio y de tiempo libre (cf. vg. Calderón Medina, 2009)⁵⁴, su regulación jurídica temprana se identifica puntualmente con una comprensión productivista del tiempo, que se plasma en la dicotomía ‘derecho al trabajo-derecho al descanso’. En esta comprensión el ocio es reducido a tiempo de descanso respecto del tiempo de la productividad, que es el tiempo del trabajo.

Una variación respecto de esta perspectiva productivista, aunque siempre dentro del espectro de los derechos sociales, puede ser rastreada en las referencias jurídicas a los derechos a la recreación y a participar de la vida cultural y las artes⁵⁵. Aunque a menudo comprendidas en el esquema de compensación, estas referencias plantean ciertas alternativas a la concepción productivista del ocio.

A causa del hartazgo de la alienación productivista, tal enfoque ‘recreacionista’ o ‘culturalista’ viene ganando terreno en las pretensiones laborales de las nuevas generaciones, que poco a poco procuran desdibujar los límites entre trabajo y ocio (Rivas Fernández, 2006, p. 73, 74)⁵⁶. Esta reformulación de los tiempos humanos viene a romper con el esquema industrialista que impulsó la modernidad, poniendo en cuestión la ponderación del trabajo productivo como tarea por antonomasia, abriendo la posibilidad de una revalorización de las ocupaciones en torno

⁵⁴ Calderón Medina, C. O. (2009). “Las concepciones teóricas sobre tiempo libre, ocio, recreación, actividades creativas y recreativas”. *Construcción de Conocimiento Científico, Educación y Tesis Doctoral: Relevancia, Pertinencia e Innovación*, 181–193.

⁵⁵ Vg. Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, Art. 30.1 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Art. 31 Convención sobre los Derechos del Niño, Art.13 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Art. 15 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵⁶ Rivas Fernández, J. B. (2006). “La sociedad del ocio: un reto para los archivos” en *Revista Códice*, 2(2), 71–82.

a la creatividad, la cooperación y el cuidado, donde ocupación, encuentro, pasión y disfrute puedan incluso coincidir. Dedicaciones que no rinden en el mercado, mientras que recuperan tiempo para la alteridad - humana y no humana -: cuidado de los otros humanos - niños, ancianos, personas con discapacidad, enfermos - así como de lo no-humano - animales, plantas, tierra -, tornando la vida más vivible, la tierra más habitable.

En la arena jurídica, esta recuperación de la alteridad viene a incidir en el núcleo individualista y desarrollista del derecho vigente, habilitando una revisión de la orientación económica no sólo de los derechos humanos, sino de toda la arquitectura del derecho moderno.

En primer lugar convoca un replanteo fundacional al cuestionar la lógica de hostilidad del contractualismo hobbesiano que dio lugar a una política de la hostilidad (cf. Penchaszadeh, 2011, p. 258)⁵⁷ y sirvió de piedra basal para un derecho individualista, autorreferencial y excluyente. Replanteo que concede paso a una política de la hospitalidad, en cuanto acogida de la alteridad, que habilite a su vez una reformulación diferencial del derecho, en cuanto regulador de una convivencia en la diferencia, una convivencia plural.

En segundo lugar reclama una reconsideración de los parámetros de progreso y desarrollo como ejes de las políticas públicas, los derechos humanos y la economía de mercado, para pensar en una prosperidad de la ‘diferencia’, ‘sin retorno’, una prosperidad de la hospitalidad. Hospitalidad que, en cuanto acogida de la alteridad, de la diferencias en cuanto tal, puede contribuir a superar la dinámica autorreferencial y ‘hostil’ de la política, el derecho y la economía del cálculo y la reciprocidad (cf. Penchaszadeh, 2011, p. 268)⁵⁸.

⁵⁷ Penchaszadeh, A. P. (2011). “Política, don y hospitalidad en el pensamiento de Jacques Derrida” en *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, 44(enero-junio), 257–271.

⁵⁸ Penchaszadeh, A. P. (2011). “Política, don y hospitalidad en el pensamiento de Jacques Derrida” en *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, 44(enero-junio), 257–271.

En tercer lugar, y a un nivel más pragmático, conlleva un cuestionamiento de la funcionalidad capitalista de la teoría moderna de los bienes – vigente casi intacta, a pesar de tanto reclamo ambiental –, en base a la lógica de la propiedad, la acumulación y la exclusión, pasando de regular una “sociedad de propietarios” (Luhmann, 2015, p. 3)⁵⁹, para convertirse en instrumento de gestión de una convivencia responsable entre humanos y con lo no-humano.

Sólo a partir de una reformulación de los términos desarrollistas de regulación de la convivencia eco-social será posible repensar otro tipo de prosperidad. Una prosperidad que no es progreso ni desarrollo, que no se orienta al PBI ni a la acumulación, sino que, en analogía con los planteos de la ‘política de la felicidad’ (cf. Schaumann, 2014; Latouche, 2010),⁶⁰ admita una política de la hospitalidad (Penchaszadeh, 2011, p.268).⁶¹ Política de la hospitalidad que habilite un planteo diferencial del sistema jurídico como garante de un espacio simbólico (Ciarraelli, 2003)⁶², como regulador de los derechos de alteridad (Levinas, 2002, p. 131)⁶³. Espacio simbólico que se traduzca en los términos jurídicos de gestión del tiempo, que difumine la dicotomía productivista entre trabajo y descanso, para revalorizar las tareas de cooperación y cuidado, y que finalmente reoriente la producción hacia las necesidades eco-sociales (cf. Shiva, 2006, p. 32)⁶⁴ bajo una lógica de respeto a la abundancia

⁵⁹ Luhmann, N. (2015). “El origen de la propiedad y su legitimación: Un recuento histórico.” *Revista Mad*, 33, 1–17.

⁶⁰ Schaumann, P. (2014). “Auf dem Weg zur Glückspolitik. Erarbeitung der Grundlagen zur Erstellung eines „Glücksindex“ für Industrienationen. Zwischen Sicherheitserwartung und Risikoerfahrung.” Tesis doctoral. Universität Hannover; Latouche, S. (2010). *El decrecimiento como solución a la crisis*. Mundo Siglo XXI, (21), 47-53.

⁶¹ Penchaszadeh, A. P. (2011). “Política, don y hospitalidad en el pensamiento de Jacques Derrida” en *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, 44(enero-junio), 257–271.

⁶² Ciarraelli, F. (2003). *Lo spazio simbolico della democrazia*. Città Aperta ed. Troina.

⁶³ Levinas, E. (2002). *Fuera del sujeto*. Caparrós Editores. Madrid, España.

⁶⁴ Shiva, V. (2006). *Erd-Demokratie: Alternativen zur neoliberalen Globalisierung*. Rotpunktverlag. Zürich, Schweiz.

de la tierra y una dinámica de responsabilidad tanto para con lo humano como para con lo no-humano. Lógica de la hospitalidad que recuerde al ser humano ante todo él es “huésped en esta tierra” (cf. Lv. 25,23)⁶⁵.

Bibliografía

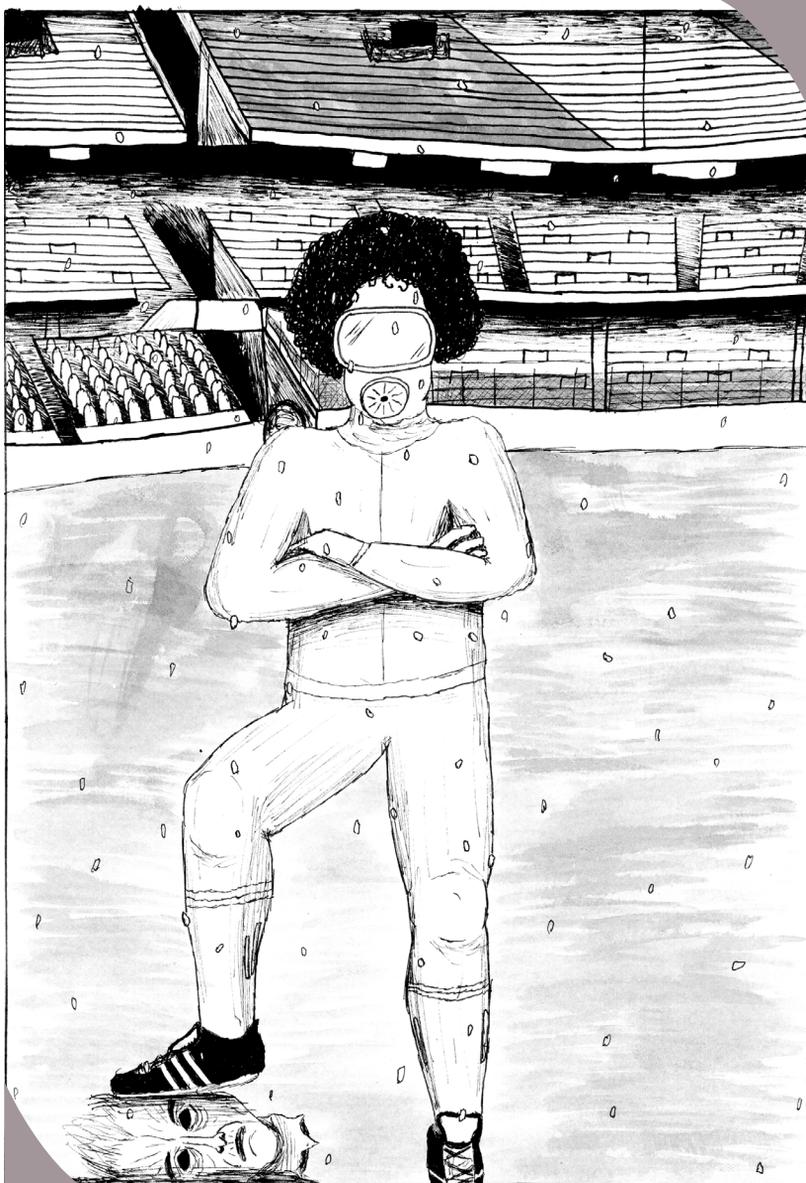
- AGNU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217.
- Biblia del Pueblo de Dios, la Levítico, cap. 25, versículo 23. Editorial Theológica. Buenos Aires.
- Bonet de Viola, Ana María (2018). “Derechos sociales, normas de acceso y democracia. La agenda de los derechos humanos para una convivencia solidaria” en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 26, 3–27
- Berthoud, Gerald (1996). “Mercado” en *Diccionario del Desarrollo*. Pratec. Perú.
- Calderón Medina, Carmen Oimara (2009). “Las concepciones teóricas sobre tiempo libre, ocio, recreación, actividades creativas y recreativas.” en *Construcción de Conocimiento Científico, Educación y Tesis Doctoral: Relevancia, Pertinencia e Innovación*. En línea en: <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/anuariodoctoradoeducacion/article/view/3875>
- Carballo. Ana Estefanía. (2016). “Pensando el desarrollo: Una genealogía latinoamericana” en *Pluralismo e interculturalidad en América Latina en tiempos de globalización*. Editorial Grama. Buenos Aires.
- Cleaver, Harry (1996). “Socialismo” en *Diccionario del Desarrollo. Una guía del conocimiento como poder*. Pratec. Perú.
- Ciaramelli, Fabio. (2003). *Lo spazio simbolico della democrazia*. Città Aperta ed. Troina. Roma.
- Cuenca Cabeza, Manuel (2003). “El ocio como experiencia de desarrollo humano, un reto para el siglo XXI. Los retos del ocio y la discapacidad del siglo XXI” en *Actas de las V Jornadas de la Cátedra ONCE Ocio y Discapacidad. Documentos de Estudio de Ocio*. N° 26. Universidad de Deusto.

⁶⁵ La Biblia del Pueblo de Dios, Levítico, cap. 25, versículo 23.

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948) *IX Conferencia internacional americana*. Bogotá.
- Derrida, Jacques (1995). *Dar (el) tiempo: La moneda falsa*. Paidós Ibérica. Barcelona.
- Elizondo Gasperín, María Macarita (2016). *Derecho al ocio*. En línea en: <https://forojuridico.mx/derecho-al-ocio/>
- Escobar, Arturo (2002). *Globalización, Desarrollo y Modernidad*. Corporación Región, Ed. Planeación. Caracas
- (2007). *La invención del tercer mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo*. El perro y la Lana. Caracas.
- Esteva, Gustavo (1996). “Desarrollo” en *Diccionario del Desarrollo. Una guía del conocimiento como poder*. Pratec. Perú.
- Gronemeyer, María (1996). “Ayuda” en *Diccionario del Desarrollo. Una guía del conocimiento como poder*. Pratec. Perú.
- Maniatis, Antonio (2019). “¿Hay un derecho al turismo?” en *Cuestiones Constitucionales*. N° 40. En línea en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/13231>
- Lafargue, Paul (2000). “El derecho a la pereza” en *Revista Mexicana Del Caribe*. N° 9. CDMX
- Latouche, Serge (2010). *El decrecimiento como solución a la crisis*. Mundo Siglo XXI, (21), 47-53;
- Lázaro, Yolanda, Madariaga, Aurora, Lazcano, Idurre, & Doistua, Joseba (2012). “El derecho al ocio: un derecho humano en ocasiones desconocido” en *VIII Jornadas Científicas Internacionales de Investigación sobre Discapacidad*. En línea en: https://scholar.google.es/citations?user=gumLRSUAAAAJ&hl=es#d=gs_md_cita-d&u=%2Fcitations%3Fview_op%3Dview_citation%26hl%3Des%26user%3DgumLRSUAAAAJ%26citation_for_view%3DgumLRSUAAAAJ%3AYsMSGLb-cyi4C%26tzom%3D180
- Levinas, Emmanuel (2002). *Fuera del sujeto*. Caparrós Editores. Madrid, España
- Luhmann, Niklas (2015). “El origen de la propiedad y su legitimación: Un recuento histórico.” *Revista Mad*, 33, 1-17.
- OIT. (1939). Convenio sobre las horas de trabajo y el descanso para trabajadores del transporte por carretera

- (1957a). Convenio sobre el descanso semanal para trabajadores de comercio y oficinas
- (1957b) Recomendación sobre el descanso semanal para trabajadores de comercio y oficinas
- ONU. (1966a). Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. AGNU: Resolución 2200.
- (1966b). Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- (1989). Convención sobre los Derechos del Niño.
- (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. AGNU: Resolución 2200A
- Penchaszadeh, Ana Paula (2011). “Política, don y hospitalidad en el pensamiento de Jacques Derrida” en *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*. N° 44. Buenos Aires.
- Rivas Fernández, José Bernal (2006). “La sociedad del ocio: un reto para los archivos” en *Revista Códice*. CDMX
- Sachs, Wolfgang (1996). “Introducción” en *Diccionario del Desarrollo. Una guía del conocimiento como poder*. Perú: Pratec.
- Shiva, Vandana (2006). *Erd-Demokratie: Alternativen zur neoliberalen Globalisierung*. Rotpunktverlag. Zürich, Schweiz.
- Schaumann, Pierre (2014). “Auf dem Weg zur Glückspolitik. Erarbeitung der Grundlagen zur Erstellung eines „Glücksindex“ für Industrienationen. Zwischen Sicherheitserwartung und Risikoerfahrung.” Tesis doctoral. Universität Hannover; Latouche, S. (2010). *El decrecimiento como solución a la crisis*. Mundo Siglo XXI, (21), 47-53.
- Sousa Santos, Boaventura de. (2006). *Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria*. Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales UNMSM..
- Truman, Harry (1949). *Inaugural Addresses*. Ed. Public Papers. New York.
- United Nations (1962). *The United Nations Development Decade: Proposals for Action*. New York, EE.UU.

SECCIÓN ESPECIAL COVID/19 Y DERECHO



Flâner

Quelle est la vie? C'est ça
Ir y venir,
pisando firme,
intentando alcanzar el alma
que se quedó atrás
deambulando.

C'est ça, es eso.
Salvarse de los nudos
que entrelazan los sueños
con lo más profundo del océano.

C'est ça, es eso.
El instante previo a
ceñirse a los astros.
El deseo que hace arder
memorias,
y te gasta.

¿Qué es la vida? Es eso,
las cenizas de algún recuerdo.

Autora: *Emilia Tinant*

Ilustración de portada: *Facundo Scandroglia*

Acuerdos de emergencia. Covid-19 y mujeres en cárceles federales

*Emergency agreements. Covid-19 and women
in federal prisons*

John A. Carlin Sánchez¹ y Verónica Susana Trillo²
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 557-580

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e434>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

I. Introducción y estructura de análisis

En el siguiente trabajo, nos proponemos analizar las Acordadas 2, 3, y 9 de la Cámara Federal de Casación Penal, con la impronta de hacer explícitas las razones dadas por parte de este tribunal respecto a las cuestiones referentes a la situación de las mujeres en cárceles en el contexto de la pandemia COVID-19. Esto es, detallar cuáles son las medidas de protección adoptadas y, además, cuáles deberían ser los procedimientos a seguir toda vez que se requiera hacer efectiva alguna protección de

¹ Estudiante avanzado de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante alumno de Derecho Constitucional y de Filosofía del Derecho. Miembro del Proyecto DeCyT de la Facultad de Derecho, UBA, 2018-2020 "Principios Jurídicos", y Proyecto UBANEX "Derecho y Cárceles: Taller de Sociología del derecho intramuros". En la búsqueda de un acceso efectivo al 'derecho a la educación' en la Unidad Penal N° 48 del Servicio Penitenciario Bonaerense" (UBA). Colaborador en el Centro Universitario San Martín (CUSAM). E-mail: carlinsanchezjohn@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2017-7802>)

² Estudiante avanzada de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Asesora Legislativa en el Honorable Concejo Deliberante del Partido de Moreno, Provincia de Buenos Aires. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3759-475X>).

derechos y garantías en el ámbito carcelario, respecto a mujeres privadas de su libertad, mujeres embarazadas o con hijos a cargo, haciendo una distinción respecto de aquellos niños/as que se encuentren o no alojados en prisión. Para este **último** supuesto, nos valdremos del análisis de los argumentos de dos fallos resueltos por la Cámara Federal de Casación Penal, en el período del aislamiento preventivo y obligatorio, tomando como muestra dos casos en los que se resolvió de manera divergente.

II. Acordada 2/20

Para empezar, la acordada 2/20 de la Cámara de Casación Penal del 9 de marzo de este año. Dicha acordada tiene la siguiente estructura de trabajo: a) De la situación advertida; b) De los principios que rigen; c) De los datos estadísticos; d) De las condiciones de detención; y, e) De los lineamientos sobre las medidas a adoptar. Los votos de esta resolución fueron de la siguiente forma: los jueces Ángela LEDESMA, Gustavo HORNOS, Alejandro W. SLOKAR, Guillermo YACOBUCCI, Mariano H. BORINSKY, Ana María FIGUEROA, Javier CARBAJO, Diego BARROETAVEÑA, Daniel Antonio PETRONE, Carlos A. MAHIQUES, por la mayoría, los jueces Liliana CATUCCI, y Eduardo R. RIGGI, a través de un voto concurrente. El resultado será que se tenga en cuenta las consideraciones de esta Cámara respecto de las mujeres embarazadas y/o privadas de la libertad con sus hija/os que se encuentran en contexto de encierro; con la particularidad de cada caso cumpliendo con los estándares internacionales.

A. De la situación advertida

Se hace explícita la actual situación de encierro de mujeres embarazadas y/o detenidas con hijos/as. Esta es una cuestión de carácter humanitario y prioritario que involucra dos colectivos vulnerables (mujeres, y niñas/os). Asimismo, se indica que, al margen de la pandemia actual (COVID-19), el sistema penitenciario se encuentra atravesado por una emergencia carcelaria (RESOL-2019-184-APN-MJ, 25/3/19). En relación con la situación

de encierro de mujeres embarazadas y/o detenidas con hijos/as, se indica que, por intermedio de la Ley 26.472 se incorpora la posibilidad de que las mujeres embarazadas y con hijos e hijas menores de cinco años puedan acceder al arresto domiciliario, no obstante la poca aplicabilidad de esta. Por último, se hace mención respecto a la necesidad del cumplimiento de los estándares exigidos por el derecho internacional de los derechos humanos (art. 75, inc. 22), que impidan la posible responsabilidad estatal.

B. De los principios que rigen

La vulnerabilidad también se verifica por la situación de detención de estos grupos –doblemente vulnerados–. Asimismo, la necesidad de una protección especial. Pues, “no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la necesidad de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre...” (FURLÁN vs. Argentina, 31/08/2012). Es necesario, tener en consideración lo normado en el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece la obligación de los Estados de velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en resguardo del interés superior del niño. En la Opinión Consultiva 17/2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se indica que: “el niño debe permanecer en su núcleo familiar salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia”. En las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) establece, por ejemplo, que los niños que se encuentren en la cárcel con sus madres nunca serán tratados como reclusos (Regla 49), que el salud y desarrollo del niño deberá ser supervisado con especialistas, la crianza deberá ser el mismo que el de los niños que no viven en centros

penitenciarios (Regla 51), tener en cuenta el interés superior de niño toda vez que se intente separar a un hijo de su madre, retirar al menor de la prisión debe ser luego de agotadas medidas alternativas (Regla 52), preferir no imponer medidas privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, adoptar disposiciones apropiadas para el cuidado de los niños (Regla 64). Lo dispuesto por el art. 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de esta forma ha de ser el Estado el garante de la educación familiar incluyéndose una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres.

C. De los datos estadísticos

Respecto a esto se deja constancia de los datos aportados por el Sistema Nacional sobre Ejecución de la Pena (SNEEP). Así, en el año 2018 eran 1092 mujeres las privadas de la libertad, representando el 8,02% del total de la población penitenciaria. De las cuales, 36 mujeres con hijos. Actualmente (2020), son alrededor de las 996 mujeres alojadas, de las cuales 21 de ellas se encuentran encarceladas con hijos. Además, 4 de ellas están cursando un embarazo. No obstante el decrecimiento es necesario adoptar medidas que tiendan a evitar las consecuencias negativas del encierro carcelario. Los establecimientos que alojan a estas mujeres son la Unidad 31 de Ezeiza del Servicio Penitenciario Federal y en el Complejo Penitenciario Federal III d la Provincia de Salta. En la primera se alojan 12 mujeres detenidas en calidad de procesadas; 6 condenadas. 9 son argentinas, y 9 son extranjeras. Por último, el Complejo Penitenciario Federal III contiene a 3 mujeres alojadas en calidad de procesadas y 5 de ellas con condena firme. 3 son argentinas y 5 son extranjeras.

D. De las condiciones de detención

Se deja constancia de las dificultades para acceder a los derechos de salud e higiene, alimentación, educación y vínculos

personales, debido a la falta de suministros y a las deficiencias de infraestructura propias del sistema penitenciario, todo lo cual muestra que la cárcel no resulta un ambiente propicio para el desarrollo satisfactorio de un embarazo o la crianza de los niños. En relación con las condiciones de infraestructura se detalla que la Unidad 31 no cuenta con las dimensiones apropiadas para el alojamiento conjunto; respecto con el Complejo Penitenciario Federal III se hizo un relevamiento que permitió obtener como resultado la falta total de suministro de elementos básicos que garanticen el sostenimiento y el cuidado de sus hijos e hijas. En ambos lugares se registra una ausencia de mantenimiento de la estructura y la presencia de plagas. Y se enfatiza en la necesidad de brindar una solución alternativa a la prisión.

E. De los lineamientos sobre la medida a adoptar

Es de suma importancia entender como regla general el derecho a la libertad. Por tanto, toda privación de la libertad de ser la *ultima ratio*, por tratarse de la medida estatal más violenta. En dicha sintonía, las Naciones Unidas recomienda a los Estados revisar el uso que hacen de la prisión preventiva y garantizar que el interés superior del niño sea considerado al detener o encarcelar a su madre...y que los Estados deben considerar medidas alternativas diferentes a la detención preventiva para madres con bebés y niños que aún dependen de ellas... ampliar la aplicación de la política que habilita a los jueces a disponer el arresto domiciliario de mujeres”. Además, de las recomendaciones por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujeres de la CEDAW (CEDAW/C/ARG/CO/7, 7/11/16). Todo esto, considerando estas cuestiones en torno a las circunstancias actuales de emergencia carcelaria (Res. De Emergencia Carcelaria, 25/3/19).

F. De la necesidad de analizar cada caso en concreto

A través del estudio de cada caso requerirá –previo escuchar a las partes– la estricta aplicación de un enfoque consistente con

el interés superior del niño para el análisis de procedencia de medidas alternativas y morigeradas, del arresto domiciliario, de los institutos liberatorios de la ley 24.660 –reformada por la ley 27.375–, así como también de la Ley de Política Migratoria para el caso de las mujeres extranjeras.

Respecto a las medidas alternativas, se dirá que, se ha verificado obstáculos para cumplir con las reglas establecidas por los órganos judiciales –la permanencia en el domicilio– y, al mismo tiempo, obtener un trabajo remunerado, continuar con su formación educativa, acceder a programas sociales, entre otras. Las medidas judiciales orientadas a la promoción de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales, y Ambientales de las mujeres contribuye a intervenciones positivas que permiten una mejora en la organización social de la cotidianidad de las mujeres en sus hogares.

III. Acordada 3/20

La Acordada 3/20 de la Cámara de Casación Penal del 13 de marzo de este año se resolvió con los votos de los siguientes firmantes: los jueces Ángela LEDESMA, Gustavo HORNO, Alejandro W. SLOKAR, Guillermo YACOBUCCI, Mariano H. BORINSKY, Ana María FIGUEROA, Javier CARBAJO, Diego BARROETAVERA, Daniel Antonio PETRONE, Carlos A. MAHIQUES, por la mayoría, los jueces Liliana CATUCCI, y Eduardo R. RIGGI, en disidencia. El resultado será: encomendar el preferente despacho para la urgente tramitación de cuestiones referidas a personas privadas de libertad que conformen el grupo de riesgo en razón de sus condiciones preexistentes (art. 36 RJN); además, solicitar a las autoridades competentes –de conformidad con las medidas de emergencia dispuestas mediante el Decreto PEN N° 260/2020–, la adopción con carácter urgente y en forma conjunta de un protocolo específico para la prevención y protección del Coronavirus COVID-19 en contexto de encierro, en resguardo del derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, en especial aquellas consideradas dentro de algún otro grupo de riesgo, y de las personas a ellos vinculadas.

A. La Mayoría

La mayoría del tribunal hace notar la preocupación por parte del tribunal de la situación de las personas privadas de la libertad en distintos establecimientos, en razón de las particulares características de propagación y contagio y las actuales condiciones de detención en el contexto de emergencia penitenciaria formalmente declarada. Atento a ello, se debe resguardar el derecho a la salud que el Estado debe garantizar a las personas en condición de encierro, por tratarse de una específica situación de vulnerabilidad (arts. 18 y 75 inc. 22 CN, arts. 4.1,5,19 y 26 CADH, 12.1 y 2, ap. “d” PIDESC, arts. 3 y 25 DUDH, 1 y 11 DADDH, Reglas Mandela 24 a 35, Secc. 2da., ap. 10, acápites 22 y 23 de las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” y 58, 59, 60, 61, 143 de la ley N° 24.660).

B. La Disidencia

Por su parte, los jueces que componen la disidencia entienden que las recomendaciones para proteger la salud de los internos deben ser dadas por los señores jueces de ejecución penal cuando correspondiere en los casos sometidos a su jurisdicción, y podrán eventualmente ser controladas por esta Cámara Federal de Casación Penal en esos mismos supuestos. Es así que, el Decreto 260/2020 (Emergencia Sanitaria) debe ser implementado por la autoridad de aplicación (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) quien dictará las normas que resulten necesarias a fin de dar cumplimiento con la finalidad de mitigar el impacto de la epidemia y adaptar la normativa a la dinámica de la misma. Por tanto, no resulta pertinente expresarse al respecto.

IV. Acordada 9/20

Esta acordada de la Cámara de Casación Penal del 13 de marzo de este año. Los votos en esta resolución fueron de la

siguiente forma: los jueces Ángela Ledesma, Gustavo M. HORNOS, Alejandro W. SLOKAR, Guillermo YACOBUCCI, Mariano H. BORINSKY, Javier CARBAJO, Diego BARROETAVERÑA, Daniel Antonio PETRONE, Carlos A. MAHIQUES, por la mayoría, la jueza Ana María FIGUEROA, a través de un voto concurrente, y los jueces Liliana CATUCCI, y Eduardo R. RIGGI, en disidencia. A través de esta resolución: 1. Recomienda el estricto cumplimiento de las Acordadas 2 y 3 de esta Cámara; 2. Recomienda: a los tribunales de la jurisdicción que adopten medidas alternativas al encierro, tales como la prisión domiciliaria, con los mecanismos de control y monitoreo que estimen corresponder respecto de: a) Personas en prisión preventiva por delitos de escasa lesividad o no violentos, o que no representen un riesgo procesal significativo [...]; b) Personas condenadas por delitos no violentos que estén próximas a cumplir la pena impuesta; c) Personas condenadas a penas de hasta 3 años de prisión; d) Personas en condiciones legales de acceder en forma inminente al régimen de libertad asistida, salidas transitorias o libertad condicional, siempre que cumplan con los demás requisitos; e) Mujeres embarazadas y/o encarceladas con sus hijos e hijas; f) Personas con mayor riesgo para la salud, como adultos mayores, personas con discapacidades que puedan exponerlas a un mayor riesgo de complicaciones graves a causa del COVID-19, y personas inmunodeprimidas o con condiciones crónicas como enfermedades coronarias, diabetes, enfermedad pulmonar y VIH. Las evaluaciones en cada caso deberían determinar si es posible proteger su salud si permanecen detenidas y considerar factores como el tiempo de pena cumplido y la gravedad del delito o la existencia de riesgos procesales y el plazo de la detención, para los procesados; 3. Meritar con extrema prudencia y carácter sumamente restrictivo la aplicabilidad de estas disposiciones en supuestos de delitos graves [...]; 4. Recomendar a las autoridades penitenciarias el estricto cumplimiento de los protocolos y normas vigentes en materia sanitaria ante la detección de síntomas compatibles con COVID19 [...]; 5. Hacer saber a la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo dispuesto, así como también al Ministerio de Justicia

y Derechos Humanos de la Nación y al Ministerio de Salud de la Nación, a fin de que –estos dos últimos- instrumenten y articulen las medidas necesarias para dar cabal cumplimiento a lo que en definitiva resuelvan los órganos jurisdiccionales pertinentes.

A. La Mayoría

1. De las medidas oficiales referentes a la pandemia

A partir de los Decretos 297, 325, 355 de 2020, se dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio. Estas decisiones son adoptadas en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/20 y en atención de la situación epidemiológica con relación al CORONAVIRUS-COVID 19. Teniéndose en cuenta las Acordadas 6, 9, 10 de 2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se considere, especialmente, aquellas en las que se encuentren en juego el derecho a la salud y protección de personas con discapacidad.

2. De los informes y recomendaciones de organismos nacionales e internacionales con incidencia en la materia

Se deja constancia del exhorto por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a adoptar medidas alternativas a la privación total de la libertad, siempre que fuera posible, evitando el hacinamiento en las cárceles, lo que puede contribuir con la propagación del virus” (<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/060>). Lo dicho por la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, Michelle BACHELET quien insistió a los Estados a que tomen medidas urgentes para proteger la salud y la seguridad de las personas que se encuentran detenidas o reclusas en otras instalaciones cerradas como parte de los esfuerzos generales que se llevan a cabo para frenar la pandemia del COVID-19; además, las declaraciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Rupert

COLVILLE, expuso que se continuaba instando a todos los países a revisar quién está detenido y a tomar medidas lo antes posible para garantizar el distanciamiento físico necesario que resulte factible para evitar la propagación de COVID-19.

La CIDH también manifiesta su profunda preocupación por las alarmantes condiciones en las que se encuentra la población carcelaria en la región “Este contexto puede significar un mayor riesgo ante el avance del COVID-19, en particular para aquellas personas que conforman grupos en situación de vulnerabilidad, como personas mayores, diabéticas, hipertensas [...]” (Comunicado de prensa 66/20 del 31 de marzo de 2020). Además, “Conforme con lo establecido en sus Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de la Libertad en las Américas, la CIDH recuerda a los Estados que toda persona privada de libertad bajo sus jurisdicciones tiene derecho a recibir un trato humano, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos fundamentales, en especial a la vida e integridad personal, y a sus garantías fundamentales, como lo son el acceso a las garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades. Los Estados se encuentran en una especial condición de garante frente a las personas privadas de libertad, lo cual implica que deben respetar la vida e integridad personal de ellas, así como asegurar condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad. Así, los Estados están obligados a realizar acciones concretas e inmediatas para garantizar los derechos a la vida, integridad y salud de las personas privadas de libertad, en el marco de la pandemia.” (Comunicado de prensa 66/2020, citado). Mismo, la CIDH indica que, “[...] esta coyuntura exige a los Estados un gran esfuerzo coordinado para descongestionar tanto unidades penitenciarias como comisarías a través de criterios de excarcelación o adopción de medidas alternativas a la privación de la libertad para garantizar la vigencia y goce de los derechos humanos a todas las personas [...] para prevenir la propagación del virus en los centros de detención y para garantizar la atención médica adecuada a las personas privadas de libertad

[y] deberán respetar las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos en la materia.” Por último, en este comunicado, la Comisión recomienda: “1. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19. 2. Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas.” (Comunicado 66/20). Luego, a través de la Resolución 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, del 10 de abril del corriente, la Comisión indica otras directivas en la misma dirección. Por otro lado, la Organización Mundial de la Salud a través del documento “Preparación, prevención y control de COVID-19 en las cárceles y otros lugares de detención”, del 15 de marzo de 2020, indica que: “es probable que las personas privadas de la libertad, como las personas en las cárceles y otros lugares de detención, sean más vulnerables al brote de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) que la población en general debido a las condiciones limitadas en las que viven juntos durante un período prolongado [...] [y] dar prioridad a las medidas no privativas de la libertad para detenidos con perfiles de bajo riesgo”. En el ámbito, la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN), a través de la presentación del 8 de abril, expuso que “el cuadro descrito a nivel universal por la OMS se torna acuciante en el ámbito de nuestras cárceles federales en función de la grave situación de sobrepoblación y hacinamiento que se verifica en dichos establecimientos penitenciarios. Tal circunstancia obliga a adoptar las medidas pertinentes, con la urgencia del caso, a fin de inhibir, en la mayor medida posible, el riesgo existente

para la salud e integridad física de las personas privadas de su libertad y también del propio personal penitenciario”. Además, el Comité Nacional para la Prevención contra la Tortura plantea la necesidad de adoptar criterios generales de actuación, aplicar medidas alternativas al encierro, generar articulaciones, garantizar medidas de sanidad, entre otras.

3. De las decisiones de esta Cámara Federal de Casación Penal

Además, de lo anteriormente dicho en las anteriores Acordadas, se indica que el 2 de abril, la Presidencia de la Cámara, previa consulta con sus autoridades, dispuso que los órganos de la jurisdicción tomaran razón y adoptaran los recaudos pertinentes en orden a los puntos 1 y 2 de la Recomendación de la Comisión IDH (*ut supra*). También, se dispuso que se evaluara de manera prioritaria el otorgamiento de medidas alternativas como la libertad condicional, el arresto domiciliario o la libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo, tales como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo o para quienes estén prontos a cumplir condenas.

4. De la situación actual y del deber de garantía sobre las personas detenidas

Es una realidad la pandemia a causa del COVID-19, pero también es cierta la emergencia carcelaria formalmente declarada (Resolución de Emergencia Carcelaria, RESOL-2019-184-APN-MJ, del 25 de marzo de 2019). Además, la adopción de medidas concretas por parte de los poderes del Estado para el adecuado resguardo de uno de los sectores más vulnerables, sobre quienes, además, existe un deber de garantía, que exige –en estas especiales circunstancias– un abordaje humanitario. Además, se hace explícito el comunicado 66/20 de la Comisión IDH (31/03/20) y el llamado del Alto Comisionado por los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, instando a los Estados a reducir la sobrepoblación en los centros de detención como una

medida de contención de la pandemia -que fueran precedentemente citados-, resulta necesario dictar una Acordada relativa a esta temática, sin perjuicio de que cada caso concreto deberá ser resuelto jurisdiccionalmente. Por último, surgen diversas medidas a recomendar desde dos perspectivas diferentes. Por un lado, para aliviar la situación de hacinamiento carcelario con el fin de disminuir los factores de riesgo y facilitar la atención sanitaria ante casos de COVID-19. Por el otro, para responder al entorno de aquellos internos que están dentro de alguno de los grupos de vulnerabilidad frente a la pandemia. Indica la Cámara que, en uno y otro supuesto las decisiones han de estar reguladas por los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Sin embargo, han de distinguirse entre los estándares con los que se pondera la sobrepoblación penitenciaria y aquellos con los que se analiza la especial vulnerabilidad de algunas de las personas privadas de su libertad. Y corresponde aclarar que las medidas recomendadas se motivan exclusivamente en la pandemia COVID-19, motivo por el cual, una vez superada la emergencia sanitaria en la que nos encontramos, los casos deberán ser sometidos a un nuevo reexamen. Por último, en virtud de estas consideraciones, de manera excepcional mientras dure la emergencia sanitaria con fines humanitarios y con el objetivo de alcanzar el debido cumplimiento de las funciones jurisdiccionales, y posibilitar una mayor dinámica y operatividad a las normas en vigor -dentro del marco legal expresamente establecido-, acordamos el dictado de las reglas y recomendaciones dadas.

B. La Disidencia

Plantean que estas consideraciones debieron dirigirse a los poderes Legislativo y Ejecutivo. Para el primero, dirá que, las legítimas preocupaciones de los distintos organismos citados en la presente, tendientes a extremar los cuidados de la población carcelaria. Pero cierto es que las medidas que proponen que establezca y disponga esta Cámara, tales como que predetermine parámetros de actuación, protocolos específicos o cualquier

otra de carácter general, por su misma naturaleza, debieron haberse dirigido al Poder Legislativo, quien conforme a nuestro ordenamiento constitucional, tiene asignada esa incumbencia, facultad que por lo demás le está vedada a este Tribunal. Por último, en este orden de ideas, que los señores jueces, en el caso concreto sometido a su jurisdicción, deberán proceder sin desconsiderar los riesgos procesales, sin obviar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sin desatender el particular interés y atención de las víctimas, ni la protección general de la sociedad, y considerar y aplicar las referidas recomendaciones dirigidas a proteger la salud de los internos alojados en el Servicio Penitenciario Federal; decisorios que, eventualmente, podrán ser controlados jurisdiccionalmente por esta Cámara Federal de Casación Penal en esos mismos supuestos. Para el Poder Ejecutivo, la disidencia dirá que, advertimos también la existencia de facultades vinculadas a la instrumentación de medidas sanitarias e higiene, etc., propias del Poder Ejecutivo, que es quien debe adoptar las medidas primarias y urgentes para enfrentar la crisis real que pudiera desatarse a causa del riesgo de contagio y el eventual menoscabo al derecho a la vida, a la salud, y a la integridad de las personas detenidas y de quienes las tienen a su cargo, a lo cual se suma el riesgo potencial de la violencia que puede desplegarse ante la impotencia de evitar el contexto patógeno. Asimismo, el Poder Ejecutivo ya ha canalizado estas serias inquietudes recogiendo la buena voluntad y preocupación que inspiran las presentaciones que dieran lugar a la presente. Ello así, desde que advertimos que el Decreto 260/2020 dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, establece la Emergencia Sanitaria, y en lo pertinente, dispone en los artículos 10 y 20, que el Jefe de Gabinete de Ministros coordinará con los distintos organismos del sector público nacional, la implementación de las acciones y políticas para el adecuado cumplimiento de las recomendaciones que disponga la autoridad sanitaria nacional en el marco de la emergencia y de la situación epidemiológica...” Como también que “La autoridad de aplicación (aquí está obviamente implícito el Ministerio

de Justicia y Derechos Humanos, de quien depende el Servicio Penitenciario Federal), dictará las normas que resulten necesarias a fin de dar cumplimiento al presente decreto y podrá modificar plazos y establecer las excepciones que estime convenientes, con la finalidad de mitigar el impacto de la epidemia y adaptar la normativa a la dinámica de la misma.

IV. JURISPRUDENCIA

A. Se otorga arresto domiciliario

En relación con este punto, se analizará el fallo “Miranda, Stella Maris s/ recurso de casación”, que a partir del rechazo por parte del Tribunal Oral Federal N° 4 de San Martín es resuelto por la sala de FERIA de la Cámara Federal de Casación Penal. Dicha sentencia gira en torno a la prisión preventiva de la imputada, quien es coautora del delito de tráfico de estupefacientes, en su modalidad de tenencia con fines de comercialización, agravado por la intervención de tres o más personas organizadas, en concurso real con el delito de tenencia ilegítima de arma de fuego. Además, posee un antecedente condenatorio por la comisión del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización que podría incidir en la eventual declaración de reincidencia. Al respecto, los argumentos por parte de la Defensora Oficial remiten a consideraciones planteadas en la instancia anterior, así, refiere a las condiciones de detención de su defendida, quien se encontraba detenida desde hace casi dos años, es madre de dos hijos y que es su hija mayor quien actualmente se ocupa de la crianza del niño. Por último, la defensa sostiene que, su defendida alegó padecer cáncer de mama desde el mes de enero de 2018, por lo cual habría sido tratada en el Hospital Zonal General de Agudos Boccalandro.

Respecto a los argumentos de la sentencia, se dividen en tres votos distintos por parte de los jueces Gustavo M. HORNOS como presidente y los doctores Alejandro W. SLOKAR y Diego BARROETAVENA como Vocales.

Así, el juez HORNOS, indicará que, si bien el tribunal *a quo* fundó su decisión en base a datos objetivos que permiten acreditar fehacientemente la existencia de riesgos procesales en autos, lo cierto es que las particulares circunstancias del caso y la situación en base a datos objetivos que permiten acreditar fehacientemente la existencia de riesgos procesales en autos, lo cierto es que las particulares circunstancias del caso y la situación extraordinaria imponen una solución distinta. Además, indica que, no debe escaparse del análisis que requiere el caso la circunstancia relativa a la situación excepcional derivada de la pandemia declarada por la aparición del virus COVID-19 –Acordada Nº 3/20 de esta Cámara– y las consecuencias que podría traer aparejada a la actual detención que viene cumpliendo Miranda ya que se trata de una persona que se encontraría dentro de la población que posee un alto riesgo de contagio y la necesidad de dar primacía, en este contexto, al Interés Superior de su hijo menor de 9 años de edad. Así, teniendo en cuenta las condiciones actuales de emergencia carcelaria (Resolución de Emergencia Carcelaria, RESOL-2019184-APN-MJ, del 25 de marzo de 2019). Respecto de los establecimientos para mujeres es importante destacar que la población carcelaria femenina ha crecido de manera exponencial en los últimos tiempos, y que conforme a las Reglas de Bangkok debe brindarse a las mujeres privadas de su libertad una salud orientada especialmente a la mujer, considerando su condición. De esta forma, se destaca que Miranda no integra el listado de personas en situación de riesgo confeccionado por el Servicio Penitenciario Federal y remitido a esta Cámara por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación el 26 de marzo del corriente. Asimismo, podemos encontrar en el fallo, consideraciones que apoyan la necesidad de una perspectiva de género en toda intervención judicial, el juez Hornos sostiene que, la problemática del presente caso requiere también de una mirada y una visión con perspectiva de género que permita analizar el impacto diferencial de las acciones del Estado sobre varones y mujeres privadas de su libertad y que contemple el Interés Superior del Niño. Además,

con este norte, el Sistema Interinstitucional de Control de Cárcel emitió la Recomendación VI/2016 referida especialmente a cuestiones de Género en contextos de encierro y a los Derechos de las mujeres privadas de la libertad. Allí, entre otras cuestiones de similar relevancia, se hace especial referencia al arresto domiciliario de las mujeres como una opción que morigerara el encierro carcelario, y que permite compatibilizar el interés social en persecución y sanción de los delitos y la vigencia de los Derechos Humanos de las Mujeres en conflicto con la ley penal. Por, último, el juez HORNOs dirá que, en esa dirección, los Miembros del Sistema recomendaron a los integrantes del Poder Judicial que al momento de aportar medidas relativas a la prisión preventiva y/o a la condena, tengan presente lo dispuesto en las Reglas de Bangkok (N° 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64),³ y demás estándares en materia de Derechos Humanos de las mujeres, vinculado a la excepcionalidad del encierro y la necesidad de implementar medidas no privativas de la libertad (en igual sentido, ver Recomendación del 9 de marzo de 2020 de esta Cámara Federal de Casación Penal [Acordada 2/20, ver *ut supra*]). Pero, la interpretación restrictiva de la ley es un claro obstáculo a todo esto. Así, se continúa y se pregunta: ¿Qué debe hacerse? Pues, la concurrencia de los requisitos que habilitan el arresto domiciliario debe estar guiada por las reglas que indican considerar las responsabilidades de cuidado de las mujeres en conflicto con la ley penal, por el principio *pro persona* y por el Interés Superior del Niño. Es por ello que, ante la crisis sanitaria a consecuencia del Coronavirus (COVID-19), lógicamente se agudizaron las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran las niñas, niños y adolescentes, particularmente, de

³ Las Reglas de Bangkok mencionadas establecen que, se deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena para las mujeres, teniendo en cuenta su historial de victimización y sus responsabilidades de cuidado de otras personas, preservando sus vínculos familiares. En cuanto a mujeres embarazadas o con hijos a cargo se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad, de no ser posible, deberá tenerse presente el interés superior del niño o los niños, asegurando que se adopten disposiciones apropiadas para su cuidado.

quienes están en condiciones de pobreza, pobreza extrema y marginalidad con familiares privados de libertad.⁴ Es así que, por todo lo expuesto, en la inteligencia de que en el contexto extraordinario actual de pandemia, esta es la solución que mejor se ajusta a la protección integral de los derechos en juego, a la salud, a una vida digna y libre de violencia, a la familiar, a la igualdad y a un trato humanitario a la vez que resguarda las garantías del debido proceso, en defensa en juicio y el principio *pro homine* y la primacía del Interés Superior del Niño; corresponde HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la Defensa, REVOCAR la resolución recurrida y en consecuencia, CONCEDER la detención domiciliaria a Stella Maris Miranda.

Por su parte, el juez SLOKAR hará énfasis en la cuestión de la evitación de trascendencia de la pena, la detención domiciliaria constituye la solución aceptable para los casos en que el encierro carcelario implica una afectación que trasciende a la persona privada de libertad, si desde siempre se reclama que las penas no se proyecten a la familia del justiciable. Así, pues, el principio de intrascendencia mínima hace que los hijos no deban bajo ninguna circunstancia purgar la responsabilidad de los padres.

El juez BARROETAVEÑA, respecto a consideraciones de la persona imputada dirá que, ante la emergencia sanitaria frente a la pandemia declarada por la aparición del Coronavirus (COVID-19) –conforme lo dispuesto mediante D.N.U. N° 260/2020 (B.O.: 14/03/2020) y las Acordadas N° 4/20 de la C.S.J.N. y 4/20 de esta Cámara Federal de Casación Penal-, es que entendemos que la situación personal de Miranda debe ser considerada de acuerdo al estado de salud alegado por la defensa, toda vez

⁴ Los datos que aportan en el voto del juez HORNOS. Así, se estima que en Argentina hay alrededor de 133.000 (ciento treinta y tres mil) niñas, niños y adolescentes con referentes adultos privados de libertad (cfr. Informe de la Procuración Penitenciaria de la Nación con el apoyo de UNICEF: “Más allá de la prisión. Paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro”). Esta población vive con limitada capacidad para el ejercicio de sus derechos fundamentales, realidad que los convierte en vulnerables a situaciones de índole social, económica y cultural.

que esa circunstancia no pudo ser valorada por el tribunal *a quo* al momento de dictar la resolución atacada. Por último, y respecto a la situación de salud, el juez BARROETAVERÑA dirá que, se destaca que la solicitud en trato se encuentra inescindiblemente vinculada a la constatación de un extremo de hecho que refiere a la salud de la peticionante, lo que implica una situación “dinámica”. Este dinamismo al que se encuentra sujeta la salud de la persona, demanda que la valoración que determine en definitiva la solución a adoptar se realice sobre elementos de juicio actuales que permitan, frente a las circunstancias excepcionales apuntadas, corroborar fehacientemente el estado de salud de la imputada al tiempo de resolver.

B. Se rechaza arresto domiciliario

El análisis será en torno al fallo “Vidal Campos, Yesenia Estefany s/recurso de casación”, de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por los doctores Javier CARBAJO y Gustavo M. HORNOS, convocados de manera remota de conformidad con lo establecido en las Acordadas 6/20, 8/20, 10/20, 13/20 y 14/20 de la C.S.J.N. y 6/20, 8/20, 10/20 y 11/20 de la Cámara Federal de Casación Penal. Algunas referencias de la persona imputada. Yesenia tiene 2 hijos menores de edad (6 y 8 años), solicita la prisión domiciliaria aludiendo a dos cuestiones: 1) si pertenece al grupo de riesgo por padecer una patología respiratoria crónica (asma); 2) si existe afectación del interés superior del niño debido a la restricción del régimen de visitas.

Sobre el fondo de la cuestión, en un primer orden, el juez CARBAJO indica que, el Departamento de Asistencia Médica del Complejo Penitenciario Federa IV de Mujeres de Ezeiza informó que “la paciente (...) no es una persona de riesgo a infección por COVID-19” y que, por tanto, “debe tomar las medidas de prevención generales como todo el resto de la población...”. Asimismo, se remitió al informe producido por el área médica de la unidad penitenciaria y a la historia clínica, y memoró que allí se consignó que la interna no es una persona de riesgo a infección por

COVID-19 o con “intercurrencias clínicas que determinen mayor riesgo ante exposición viral”. Además, que: “para la concesión de la prisión domiciliaria debe hacerse un análisis integral de las peculiaridades que rodean al pedido pues, como se advierte, el texto del art. 32 de la ley 24.660 establece que el juez “podrá” disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria (cfr. FCB 8439/2014/38/CFC4 “ACOSTA, Jorge Exequiel s/ recurso de casación”, reg. n° 313/19 de esta Sala, rta. el 13/3/2019)”. Esto a partir de la interpretación semántica pues, sostiene que, “tal conclusión se impone a partir de la existencia de ese verbo -“podrá”- empleado por el legislador y guarda coherencia con la conocida pauta de interpretación según la cual la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820 y 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149 y 327:769) y que este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937 y 312:1484)”. Apoya estos argumentos en diferentes debates parlamentarios, así, por ejemplo, dirá que, “en ese sentido, durante la discusión parlamentaria de la citada ley, se afirmó que “el seguimiento minucioso de quienes toman la medida y, particularmente, respecto de la ampliación de la facultad del juez, el proyecto de ley no utiliza el término deberá para obligar al magistrado, sino que establece que en cada caso concreto podrá cumplir con esta petición (...) El juez, dentro de sus facultades, podrá utilizar este beneficio o no, según cada caso, y determinará si cada una de las peticiones reúne los requisitos que se requieren para obtener esta libertad domiciliaria” (del informe del Senador Rubén Hugo MARÍN). Mismo, “en esa inteligencia, se agregó que “el concepto ‘podrá’ está dándole al juez la oportunidad de valorar los hechos cometidos y, además, una responsabilidad

para atender ese delicado equilibrio entre lo humano que significa que la madre pueda cuidar al chico, el interés colectivo y la gravedad del hecho que tendrá que mensurar frente a la sociedad en cuanto al otorgamiento de este beneficio” (del informe del Senador Miguel Ángel PICHETTO en el orden del día Nº 424 del 17 de diciembre de 2008 de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación). Por tanto, resulta claro que se trata de una facultad delegada por el legislador al juez, quien deberá evaluar, luego del análisis global de las constancias del expediente, si resulta razonable conceder el instituto peticionado. En ese orden, el juez de ejecución consideró fundadamente que la situación de Vidal CAMPOS no encuadraba dentro de lo previsto en los arts. 10 incs. a) y f) del Código Penal y 32 incs. a) y f) de la Ley 24.660 y para ello valoró, como cuestiones centrales, la opinión de la Asesora de Menores, los informes técnicos realizados por los equipos interdisciplinarios de la Defensoría General de la Nación y los informes del Departamento de Asistencia Médica del Complejo Penitenciario Federal IV”. De esta forma, se rechaza el pedido por esta circunstancia. Ahora bien, respecto a la segunda circunstancia se valdrá del informe médico confeccionado por el servicio médico de la Unidad Penitenciaria, así, sostiene que: “[l]a paciente debe de tomar las medidas de prevención generales como todo el resto de la población ya que no es una persona de riesgo a infección por covid-19”. Aunado a ello y según han hecho constar el representante del Ministerio Público Fiscal ante la anterior instancia al contestar vista, y el juez de ejecución al resolver, en la historia clínica remitida luce que se trata de una paciente sin interurrencias clínicas que determinen mayor riesgo ante exposición viral”. Por tanto, se rechaza la solicitud al no encontrarse una mayor vulnerabilidad.

Por su parte, el juez HORNOS indicará que comparte en lo sustancial con los argumentos desarrollados por el juez CARBAJO. Además, agrega que toda que cuando “se invoca “el interés superior del niño” en los términos del artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño., resulta primordial que el caso sea suficientemente sustanciado a los fines de dotar a los

jueces de la información pertinente y suficiente para decidir si la morigeración del régimen de cumplimiento de pena que se solicita en función de los intereses del niño, sería necesaria e idónea para asegurarlos en los términos de la normativa citada”. Además, y por último sostendrá que, “resulta ineludible la intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces, en el adecuado resguardo del derecho a ser oído del niño en tanto la cuestionada intervención estatal la ha separado de su madre y el pedido de prisión domiciliaria es efectuado principalmente en su nombre (artículo 12 de la C.D.N.), pues es aquél el órgano que se encuentra en condiciones de alegar, objetivamente y de un modo no condicionado, sobre el punto, en tanto debe intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte la persona o bienes de los menores o incapaces y puede entablar en defensa de éstos las acciones y recursos pertinentes -art. 54 de la ley 24.946- (cfr.: in re “PAEZ”)”. De estar se explicita los dichos por “la Defensora Pública Oficial, doctora Virginia SANSONE, en calidad de Asesora de Menores, quien, en varias oportunidades, dictaminó de modo adverso a la concesión del beneficio, en tanto sostuvo que el ingreso de Vidal Campos a alguno de los domicilios propuestos tendría incidencia negativa sobre A.L.M. y A.N.R.; circunstancia que fue reafirmada en la audiencia celebrada en esta instancia en fecha 12 de mayo de 2020”. Así, “[e]n tal contexto, el caso no presenta aspectos que permitan sospechar la posible vulneración de “el interés superior del niño” -en los términos del artículo 3.1 del C.D.N.-, de los hijos menores de edad de la encausada, y no demuestran que las actuales condiciones de ejecución de la pena de Vidal CAMPOS importen atentar contra los derechos que les asisten”. Por tanto, se rechaza la solicitud de otorgamiento de la prisión domiciliaria.

V. Conclusión

Las Acordadas de la Cámara Federal de Casación Penal 2, 3 y 9 de 2020, dictadas en el contexto de Pandemia COVID-19, responden a la necesidad de establecer criterios más “flexibles”

en cuanto al otorgamiento del arresto domiciliario -entre otras cuestiones-, para así contrarrestar el hacinamiento de las cárceles argentinas. Sin embargo, esta flexibilidad, y la actual coyuntura, no conllevan necesariamente a un acatamiento indubitable por parte de los magistrados. Esto último se evidencia en los fallos que aquí han sido cuestión de análisis, en donde se observa que ante supuestos de similares características –mujeres que aducen que su salud está en riesgo (aunque no se encuentren contempladas en el listado presentado por el Servicio Penitenciario Federal), madres de hijos menores de edad (mayores de 5 años) con quienes no conviven–. Esta Cámara resolvió de manera diferente entre un caso y otro, analizando las particularidades de cada uno conforme al punto f de la Acordada 2/20.

Sabido es que, la privación de la libertad, lejos de habilitar un debilitamiento o cese de los derechos fundamentales de las personas detenidas o de las obligaciones del Estado, requiere del refuerzo de dispositivos de promoción y protección de los mismos, más aún frente a las circunstancias extraordinarias que atraviesa hoy el mundo entero. La pandemia puso en relevancia el déficit en materia de protección de derechos de las personas privadas de su libertad, en especial manera, el derecho a la salud y en cuanto a los niños, niñas y adolescentes cuyas madres se encuentren privadas de su libertad, se pone de manifiesto el estado de vulnerabilidad y afectación del interés superior del niño. En ese marco, las Acordadas vienen a intentar, de algún modo, subsanar esta situación, al poner en manos de los jueces los instrumentos que, eventualmente, les permitiría reparar hoy lo que nunca debió romperse.

VI. Bibliografía

Acordada 2 (2020) “Recomendación de la Cámara Federal de Casación Penal sobre la situación de encierro de mujeres embarazadas y con hijos” Cámara Federal de Casación Penal. En línea en: <http://www.saij.gob.ar/recomendacion-camara-federal-casacion-penal-sobre-situacion-encierro-muje->

res-embarazadas-hijos-nv22996-2020-03-09/123456789-0abc-699-22ti-lpsedadevon?

Acordada 3 (2020) Cámara Federal de Casación Penal. En línea en: <https://www.cij.gov.ar/nota-36990-Acordada-3-2020-de-la-C-mara-Nacional-de-Casaci-n-en-lo-Criminal-y-Correccional.html>

Acordada 9 (2020) Cámara Federal de Casación Penal. En línea en: <https://www.cij.gov.ar/nota-37089-Acordada-9-20-de-la-C-mara-Federal-de-Casaci-n-Penal.html>

“Miranda, Stella Maris s/ recurso de casación” (2020) sala de Feria de la Cámara Federal de Casación Penal. En línea en: <http://www.saij.gob.ar/camara-federal-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-miranda-stella-maris-recurso--fa20260010-2020-03-27/123456789-010-0620-2ots-eupmocsollaf?.com>

“Vidal Campos, Yesenia Estefany s/recurso de casación” (2019) de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal. En línea en: <https://www.cij.gov.ar/m/d/sentencia-SGU-94aab611-f02d-4dfb-8760-46df48028dfe.pdf>

Vigilancia voluntaria y racionalidad excepcional. Hacia la pandemización de las sociedades de control

Voluntary surveillance and exceptional rationality. Towards the pandemization of control societies

Juan Pablo Ciudad Pérez¹

Universidad Santiago de Chile - Chile

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 581-602

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e435>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

I. Introducción: La sospecha

Jean-Jacques Rousseau, en sus obras más tardías, o lo que algunos de sus comentaristas han denominado su segunda fase como pensador (Schneewind, J.B. 2009. pp. 556 y 557), a contrapelo de la tesis central ilustrada de la época – a saber, que la promoción de la razón y el desarrollo científico mejoraría la moralidad de los sujetos y acrecentaría individual y socialmente la felicidad –, sostuvo la tesis que el progreso sería algo inseparable de la tiranía en los asuntos públicos y de la corrupción en los asuntos privados (op. cit. p. 577).

¹ Abogado (Universidad de Santiago de Chile). Desde marzo de 2018 me desempeño como Abogado de la Vicerrectoría de Investigación, Desarrollo e Innovación y del Comité de Ética Institucional de la Universidad de Santiago de Chile. Desde marzo de 2020 soy académico de la Facultad de Humanidades de la Universidad de Santiago de Chile. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1544-2517>).

Rousseau sospechaba de la posibilidad de conquistar la prosperidad prometida por la utopía ilustrada, inaugurada con Francis Bacon, del progreso material y espiritual que se produciría a partir del desarrollo de la razón y el conocimiento experimental (que en la historia posteriormente llamaremos conocimiento positivo o, simplemente, científico). El autor de “El Emilio” desarrolla su sospecha en las dos dimensiones que constituyen uno de los dualismos más generadores de sentido y significados para la tradición occidental, a saber, la dimensión de lo público y la de lo privado.²

Rousseau señala que el progreso sería inescindible del elemento tiránico en los asuntos públicos. Es decir, a diferencia de Kant (2007), que creía que el avance de la razón humana generaría la construcción de *Estados libres* definidos fundamentalmente por el hecho de constituirse como Estados republicanos-representativos, con una configuración jurídico-política no despótica del poder y que consagrarían garantías de respeto a los derechos individuales universales de todos los agentes éticos que componen el Estado (pp. 30-35), Rousseau veía que la configuración de la promesa moderna e ilustrada, en el ámbito de lo público, se orientaría más bien hacia la acumulación del poder y la intromisión de este en la intimidad de nuestros asuntos. Por otro lado, respecto a los negocios privados, el autor pronosticaba la corrupción de las prácticas morales, derivada del anterior fenómeno.

Este trabajo trata de eso, de articular esta sospecha en la actualidad de nuestras relaciones éticas, políticas, jurídicas y sociales.

² Bobbio señalaba que ésta bien podía ser definida como una gran dicotomía, en tanto es posible demostrar su idoneidad para dividir un universo en dos esferas “conjuntamente exhaustivas”. Es decir, que cada una de ellas es capaz de reunir los entes de ese universo y ambas se vuelven recíprocamente excluyentes. Esta exhaustividad, según el autor, permitía incluir dentro de esta gran dicotomía a otras dicotomías secundarias respecto de la primera; entre estas dicotomías secundarias encontramos la distinción entre el derecho público y el derecho privado (Bobbio, 1985. pp. 11 y 12).

II. Progreso y disciplina

Conocido es que el sueño de la civilización occidental, desde la premisa moderna del individuo racional y éticamente autónomo, era la consecución del progreso moral y material.

Michel Foucault, intentando escudriñar cuales serían las características que definirían el desarrollo del Estado moderno, sostiene que la modernidad trajo consigo la construcción de sociedades disciplinarias. Es decir, sociedades donde las relaciones de poder no se construyen exclusivamente por los mecanismos jurídicos convencionales, sino que además por la implementación progresiva de tecnologías políticas y dispositivos sociales y simbólicos que generan efectos de poder para normalizar a la población.

No obstante, no implica esto, para Foucault, que las modalidades disciplinarias del poder hayan reemplazado a los demás poderes constituidos, particularmente al poder soberano, sino que se infiltraron en sus instituciones (Foucault, M. 2000, pp. 44 y 45). Por esta razón, el modelo disciplinario de sociedad sería exitoso para la gestión del control, ya que en él se combina el exterior de un Estado de derecho garante de derechos fundamentales mínimos junto con tecnologías internas de poder – que él denomina dispositivos – constituidas por dos actividades funcionales: vigilar y sancionar. Para Foucault, estos últimos dos elementos se encontrarían en un dispositivo común en los espacios de disciplinamiento: el examen (Foucault, M. 2009, p. 199), y tales espacios, para el autor, serían típicamente la cárcel, el hospital, la escuela y la fábrica.

Lo interesante es que estas tecnologías de vigilancia se habrían instalado paralelamente y con ocasión de la construcción de los Estados liberales modernos.

III. El siglo XX: La aporía; derechos humanos y tecnologías de vigilancia

Como sabemos, el siglo XX estuvo atravesado por tres guerras que afectaron a todo el mundo. Además, una

inconmensurable cantidad de enfrentamientos armados bilaterales consumados y frustrados, guerras civiles, batallas políticas, luchas de independencia nacional, golpes de estado, guerras religiosas y culturales, entre otras manifestaciones de violencia directa y consciente que asolaron a muchos países y cobraron millones de vidas.

Estos dramáticos y lamentables episodios permitieron consolidar en Occidente una conciencia mayoritaria respecto a la necesidad de construir instrumentos de protección de la vida, libertad, igualdad y dignidad humana, y de sus diversas manifestaciones, y para ello la confección de tratados internacionales de derechos humanos y su progresiva internalización en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Sin embargo, el siglo XX también se caracterizó por la sofisticación tecnológica, la expansión extensiva e intensiva del Estado asistencial sanitario y la entronización normalizadora de mecanismos y dispositivos de espionaje, inteligencia, seguridad, vigilancia y represión, que vulneraron las libertades liberales.

En efecto, durante el siglo XX el espionaje y la vigilancia se convirtieron en una actividad burocrática y organizada, con tecnologías específicas, una base exclusiva de profesionales contratados para emplear conocimiento científico en la gestión de esta actividad y con un papel casi autónomo en el desempeño de sus funciones, tanto a nivel de las naciones como a nivel internacional (Whitaker, 1999, p. 16).

Winston Churchill describía a la Segunda Guerra Mundial como una “guerra de magos”. Estos “magos” eran matemáticos, científicos y otros catedráticos – entre los que estaban los inventores del concepto de ordenador – que, reunidos en lugares secretos emplazados en las zonas rurales de Inglaterra, como el Bletchley Park, descifraban los códigos de comunicación que usaban los militares nazis para predecir las tácticas que planificaba el ejército alemán y experimentaban con seres humanos.

Además, el desarrollo del positivismo y el progreso tecnocientífico permitió convertir a los seres humanos en objetos

de investigación, haciendo uso y abuso de sus cuerpos para la consecución de información valiosa que permitiese fortalecer el supuesto resguardo securitario. Desafortunadamente, hasta la década de los 70', no contábamos aún con el surgimiento de la bioética para recordarles a los agentes de estado el respeto por el principio de autonomía y la manifestación de voluntad de estos cuerpos, que fueron tratados como objetos y no como sujetos participantes en estas investigaciones.

Estas tecnologías de vigilancia experimentaron un acelerado progreso gracias al desarrollo positivista de las ciencias. Este progreso implicó la conversión del conocimiento sobre lo humano en información y ésta en datos cuantificables, comparables, susceptibles de organización, jerarquizables y predecibles. Esto sin duda contribuyó a mejorar la organización de la actividad de vigilar y examinar más eficientemente a los vigilados; en suma, a reacondicionar y actualizar la economía del poder de control.

Durante la segunda mitad de siglo, gracias a los avances anteriores y con motivo de que los costos del espionaje se elevaron en todo el mundo, se comenzó a sustituir el trabajo humano que los espías realizaban para los servicios de inteligencia por un trabajo automático: la interceptación de señales y comunicaciones (p. 26 y 27).

Lo cierto es que durante este período la vigilancia que afectó a millones de personas fue motivada por la seguridad interior de los Estados. Esta tuvo como objetivo la represión de la disidencia y de los disidentes, el control de las clases subalternas más empoderadas, organizadas y peligrosas, el control de los ideogramas hostiles a la construcción ideológica que sustentaba el Estado liberal burgués, la conformidad política compulsiva y la cada vez más intrusiva y omnipresente vigilancia y examinación de la vida cotidiana.

Por tanto, durante el siglo XX tuvimos, por un lado, Estados policiales y totalitarios, pero lo que existió del otro lado no fue una sociedad auténticamente libre, sino Estados contruidos

declarativamente sobre la base de valores democráticos, liberales y constitucionales que estructuralmente estaban compuestos por elementos autoritarios y antiliberales. Todos los tipos de gobierno recurrieron a los servicios de inteligencia para instalar una vigilancia político-policial nacional, cuya principal herramienta jurídica de autoresguardo e inmunidad frente al Estado constitucional de derecho, que permitió todo tipo de vulneraciones a los derechos de privacidad, intimidad y dignidad, fue el secreto de Estado y la reserva. Este instituto legal en muchos países, como en Chile y Argentina, aún no posee limitación respecto de su licitud, legitimidad y conformidad constitucional, de acuerdo a los principios de tipicidad, competencia teleológica y procedimental administrativa y respeto por los derechos constitucionales.

Así las cosas, las principales características de la actividad de vigilar durante el s. XX fueron: 1) que la labor de vigilancia tubo una dimensión nacional y una internacional; 2) que, hasta la década de los 80', a los centros típicamente disciplinarios y normalizadores descritos por Foucault se les sumaron servicios de inteligencia, que respondían a agentes, burócratas y personeros estatales; por ello, 3) la vigilancia, tanto interna como externa, tuvo como fundamento asuntos políticos y policiales que se conjugaban en la doctrina de seguridad nacional o seguridad pública; y 4) que la adquisición de información era intencional e intencionada.

IV. Vigilancia y privacidad en Era Virtual

La obra “1984” de Georges Orwell – basada en una anterior novela distópica titulada “Nosotros”, del ruso Eugene Zamiatin, escrita en 1920 – nos situaba en la distopía totalitaria bajo la cual todos los mensajes del Gran Hermano – el Bienhechor en la obra de Zamiatin – invaden los medios de comunicación de masas; volviendo a la comunicación un mecanismo monodireccional, jerárquico, dominante y regulador, quedando absolutamente oculta esta operación gracias a la monumental fabrica

rutinaria e invisible de la vida cotidiana (p. 43). El argumento central de ambas obras es que el poder de control monodireccional de la información de las personas impide la consecución de la libertad, por más que esta se enuncie retóricamente en todos lados.

A diferencia del relato orwelliano, la actual fase global, ayudada por las nuevas tecnologías de información y comunicación (TIC), buscadores de internet y redes sociales, se caracteriza por la descentralización de la vigilancia. Esto ha hecho que además de la antes descrita vigilancia estatal se desarrolle además una vigilancia social (p. 44). Es lo que Guilles Deleuze (2004) ha denominado Estados y sociedades de Control (pp. 25 y 26).³ En este tipo de sociedades, que son las que se abren y construyen en la nueva era global que socializa el alcance a las tecnologías y vuelve prácticamente indispensable y dependiente su uso, el origen de las intervenciones se vuelve indeterminado de localizar y menos identificable (p. 10 y 11). Es más, no sabemos cuándo nuestras propias acciones, motivadas supuestamente por la libertad, están voluntariamente sometiéndose a la vigilancia de otros.

En 1548, Étienne de la Boétie (2008), con solo 18 años, escribió su *Discurso sobre la servidumbre voluntaria*. Un poderoso, consistente y erudito discurso contra el absolutismo. Se pregunta: “Cómo puede ser que tantos hombres, tantos burgos, tantas ciudades, tantas naciones aguanten alguna vez a un tirano solo, el cual tiene solo el poder que aquellos le dan” (p. 26). Continúa su agónico cuestionamiento, diciendo: “¿De dónde ha sacado tantos ojos [el tirano] con que espiaros, si no se los dais vosotros? ¿Cómo tiene tantas manos para golpearos si no las toma de vosotros?” (p. 31).

La vida en sociedad, y particularmente la vida en este estadio de composición societal, produce que los individuos

³ Deleuze desarrolló este concepto en el artículo titulado *Posdata sobre las sociedades de control*. Este artículo lo dio a conocer en 1990, y ese mismo año fue publicado en Argentina en la revista *Babel*.

que las componen se configuran en relaciones ascendentes de interdependencia (Corcuff, P. 2013. pp. 36 y 37); relación que se produce por la nueva fase de mundialización del capitalismo. Esta fase conjuga dialécticamente libertad y opresión. *Google* y las redes sociales operan como dispositivos de sofisticación y actualización de la libertad negativa, en tanto permanentemente sus actualizaciones van corriendo fronteras, abriendo barreras y planteando posibilidades. Al mismo tiempo, conecta bancos de datos, que no conocemos y que un puñado de manos domina, controla, manipula; útiles para predecir nuestro comportamiento social y nuestras más íntimas características personales.

La bioeticista Yasmina Soto (2017) señala que pese a que el concepto de “revolución en la información” existe desde los 60’, apenas acaba de convertirse en realidad (p. 3).

Cada día se generan 2,5 quintillones de bytes de datos, y si bien no es fácil imaginar lo que supone esa gran cantidad de datos, Mayer-Schönberger ha proporcionado ejemplos que resultan muy visuales y miméticos: “Si estuvieran impresos en libros, cubrirían la superficie entera de Estados Unidos, formando cincuenta y dos capas y si esta inmensa cantidad de datos estuvieran grabados en CD-ROMs apilados, tocarían la Luna formando cinco pilas separadas” (p. 3).

La capacidad actual para convertir a un individuo en un objeto permanente de vigilancia es mucho más holgada. De hecho, podríamos decir que la sofisticación tecnocientífica hoy ya no solo se ocupa de la expansión extensiva de las tecnologías de vigilancia, sino que está generando dispositivos mucho más intensivos. Un buen ejemplo son las cámaras de reconocimiento facial y configuración métrica, que por estos días se están ofreciendo a grandes y medianas empresas, de distintas naturalezas y giros.

Así las cosas, ya no solo es posible acceder a la información de una persona, sino también a sus relaciones e interacciones y caracteres más cotidianos e inconscientes. Las autoridades señalan: “*Habrá menos intimidación, menos respeto a la vida privada,*

pero más seguridad". Este régimen de seguridad podemos denominarlo sociedad de control (p. 5).

En este sentido, escribe Byung Chul Han (2013):

“El panóptico digital del siglo XXI carece de perspectiva en el sentido de que no es vigilado desde el único centro por la omnipotencia de la mirada despótica. Desaparece por completo la distinción entre centro y periferia, que era constitutiva para el panóptico de Bentham (...). Esto constituye su eficiencia. La iluminación no perspectivista es más eficaz que la vigilancia perspectivista, porque puede producirse desde todos los lados, desde todas partes; es más, desde cada una de ellas” (pp. 87 y 88).

Según él, en las sociedades de control, los moradores del panóptico digital no tienen conciencia de estar siendo vigilados constantemente, y creen que están en libertad (p. 89). En estas sociedades, atravesadas por la hipercomunicación, los moradores se exhiben permanentemente, constituyendo una peligrosa transparencia que puede devenir en vigilancia total. Para Han, esta “vigilancia total degrada la ‘sociedad transparente’ hasta convertirla en una inhumana sociedad de control. Cada uno controla a cada uno” (p. 90).

Por lo tanto, extendiendo el cuestionamiento que De la Boetie hiciera hace casi 500 años, y aplicándolo a las condiciones actuales de servidumbre y opresión, la globalización ha constituido en buena parte del mundo hoy una *vigilancia voluntaria*. En esta situación, los visitantes del panóptico digital acuñado por Han son víctimas y agentes a la vez.

El exceso de comunicación y de información nos ha hecho someternos a lo que contrajimos bajo supuestos de libertad. Por ello, y al igual que en la construcción de los Estados modernos según la explicación contractualista, sostengo que la gobernanza global ha constituido este panóptico digital mediante un pacto, que es una ficción de libertad y equivalencia: el *pacto virtual*. Este nuevo pacto fundamenta la dialéctica entre libertad y control (pp. 94 y 95), que está epocalmente motivada y

articulada por el discurso ideológico de “la libertad de elegir”, y el discurso individualista del ser dueño y soberano de sí mismo (Han, B. 2010, p. 20).

Esta vigilancia constante y voluntaria se lleva a cabo con sensores tecnológicos que la gente adquiere libre y voluntariamente: ordenadores, tabletas, teléfonos móviles, *Apps* para transporte ecológico como bicicletas y *scooters*, *Apps* para practicar rutinas de ejercicio o para pedir comida, tarjetas bancarias inteligentes, localizadores GPS, entre otros.

A modo de ejemplo:

“*Google*, cuyo número de usuarios sobrepasa los mil millones, dispone de un impresionante número de sensores para espiar el comportamiento de cada usuario: el motor *Google Search* le permite saber dónde se encuentra el internauta, qué busca y en qué momento. El navegador *Google Chrome* envía directamente a *Alphabet*, la empresa matriz de *Google*, todo lo que hace el usuario en materia de navegación. *Google Analytics* elabora estadísticas muy precisas de las consultas de los internautas en la Red. *Google Plus* recoge información complementaria y la cruza. *Gmail* analiza la correspondencia intercambiada, lo cual dice mucho sobre el emisor y sus contactos. El servicio DNS (Domain Name System) de *Google* analiza los sitios visitados; *YouTube*, el servicio de vídeos más visitado del mundo que pertenece también a *Google*, y por tanto también a *Alphabet*, registra todo lo que los usuarios hacen en él. *Google Maps* identifica el lugar en el que se encuentra el internauta, adónde va, cuándo y con qué itinerario. Pero aún hay más: *AdWords* sabe lo que el empresario quiere vender o promocionar. Y desde el momento en que la gente enciende un *Smartphone* con *Android*, *Google* sabe inmediatamente dónde está el usuario y qué está haciendo. Obviamente nadie obliga a recurrir a *Google*, pero cuando se requiere, *Google* lo sabe todo sobre los usuarios” (Ramonet, I. 2016).

Estos datos, con una inimaginable rapidez, llegan a corporaciones comerciales, empresas publicitarias, entidades financieras,

e incluso autoridades de gobierno, partidos políticos y policías. Lo más importante que tienen estos datos no es captación y mera posesión, sino su valor de uso y, sobre todo, su valor de cambio.

Como lo propusieran Hardt y Negri (2002), El capital financiero necesitaba contar con cierta acumulación de información para consolidar su poder de clase (pp. 240 y 241). Este nuevo proceso de acumulación originaria, pero ahora de información, desatado desde la década de los 60' y 70', permitía constituir un nuevo modelo de control social fundamentado en los datos, que se configuran en mercancía y a la vez en herramientas de control político y social.

Probablemente, el más claro ejemplo de esto sea lo que ocurre en las redes sociales, pues estas graban todo lo que los usuarios “postean” en ellas. Un simple *click* que hacemos implica la configuración de un dato que dice algo sobre nuestra personalidad y por tanto es útil para la construcción de perfiles para el *marketing* y la vigilancia respecto de nuestras preferencias futuras.

Así las cosas, las actividades que más libremente hacemos, y a veces sin mucha conciencia de sus implicancias, se unen al conjunto de datos personales disponibles sobre nosotros. Estos datos pueden ser vendidos bancos de datos y a su vez a empresas publicitarias que conocerán con precisión nuestro entorno, estado de ánimo y gusto, y dispondrán publicidad *ad hoc* para estos perfiles, configurando y creando deseos, intereses y expectativas en nosotros, gracias a la *vigilancia voluntaria* que unos con otros urdimos cotidiana y transparentemente.

En materia biomédica, además de las redes sociales, se han diseñado un sinnúmero de aplicaciones disponibles para teléfonos móviles que recogen complejamente datos personales. Todas las aplicaciones móviles o relojes inteligentes que ayudan a la sociedad a crear y desarrollar rutinas de ejercicio, perder peso, tonificar, mejorar la respiración o la posición de la columna, incluso para vigilar la diabetes o monitorear la salud mental constituyen una flagrante vulneración de la privacidad. Pero,

como la salud es un aspecto crucial en la población, cuanto más cerca se siente el cuidado científico, más protegidos los usuarios de estos dispositivos creen que están. Estos programas día a día recogen muchos datos sensibles, sin que los usuarios hayan consentido específicamente su captación, ni mucho menos cualquier otra acción (p. 11).

A este respecto, la reconocida revista médica JAMA publicó un estudio que señala que “Los pacientes pueden creer por error que la información que vuelcan en una *app* es privada, sobre todo si tiene política de privacidad, pero generalmente no es así”. Argumentan, que el 81% de las aplicaciones no tenían política de privacidad. Las que sí la tenían, no protegían la privacidad del usuario: el 80% recopilaba sus datos personales y el 50% los compartía con terceros (p. 12).

V. Vigilancia y control en el contexto de pandemia mundial

Es de público conocimiento que, a partir del mes de diciembre de 2019, hasta la fecha de escritura de este artículo, se ha producido un brote mundial del virus denominado coronavirus-2 del síndrome respiratorio agudo grave (SARS-CoV-2) que produce la enfermedad del coronavirus 2019 o COVID-19.

Recientemente, se publicó un libro dedicado a pensar críticamente esta emergencia socio-sanitaria, titulado *Sopa de Wuban*, que incorpora las reflexiones de algunos de los principales pensadores del mundo. En este, Byung-Chul Han (2020) ha retratado las diferencias culturales entre asiáticos y occidentales respecto de cómo enfrentar la crisis; poniendo especial énfasis en la disímil manera de comprender el derecho a la privacidad.

Sobre esto, escribe:

“para enfrentarse al virus los asiáticos apuestan fuertemente por la vigilancia digital. Sospechan que en el big data podría encerrarse un potencial enorme para defenderse de la pandemia. Se podría decir que en Asia las epidemias no las combaten solo los virólogos y

epidemiólogos, sino sobre todo también los informáticos y los especialistas en macrodatos. Un cambio de paradigma del que Europa todavía no se ha enterado” (p.99).

Agrega que, en Asia la conciencia crítica ante la vigilancia digital es prácticamente inexistente. Que, en Estados liberales como Japón y Corea del Sur, apeas se habla de protección de datos personales. “Nadie se enoja por el frenesí de las autoridades para recopilar datos” (p. 99).

Más importante es la vigilancia informática en Estados como en China, el que ha configurado su sistema crediticio en base a la vigilancia y el control social proporcionado por los dispositivos informáticos, que generan una suerte de vigilancia total de las relaciones intersubjetivas y las preferencias personales.

Concluye su reflexión sosteniendo que:

“Ojalá que tras la conmoción que ha causado este virus no llegue a Europa un régimen policial digital como el chino. Si llegara a suceder eso, como teme Giorgio Agamben, el estado de excepción pasaría a ser la situación normal. Entonces el virus habría logrado lo que ni siquiera el terrorismo islámico consiguió del todo” (p. 110).

Agamben – que también apareció publicado en este libro – ha desarrollado un erudito análisis del estado de excepción como paradigma de gobierno. Para él, el estado de excepción se presenta como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal (Logiudice, E. 2007, p. 48).

En el contexto global de emergencia socio-sanitaria, y en medio de la vigencia de los Estados constitucionales de derecho supuestamente fundamentados en lo que Ferrajoli (2018) ha denominado la *dimensión substancial* de la democracia (p. 16),⁴ los estados de excepción, paradójicamente, han demostrado su potencial anulador de parte de las conquistas alcanzadas

⁴ Se refiere a la fase de la democracia constitucional en la que la política y la economía se encuentran sujetas a garantías de derecho que permiten satisfacer y ejercer libremente los derechos constitucionales.

por el constitucionalismo y el derecho internacional de los derechos humanos; y el acelerado desarrollo de las tecnologías informáticas y comunicacionales (TIC) ha puesto en tensión el pleno ejercicio de las libertades y derechos fundamentales en los espacios virtuales, producto de la lenta transformación de las regulaciones e interpretaciones jurídicas para traducir el desarrollo tecnológico en clave de derechos y garantías. Uno de los derechos más afectados ha sido precisamente el derecho a la privacidad y la protección de datos personales.

Sin ir más lejos, en Chile, con el objeto de contener la emergencia, el Presidente de la República declaró el estado de excepción constitucional de catástrofe. Este comenzó a regir desde el miércoles 18 de marzo y se extiende hasta el 15 de junio de 2020, inclusive. Cabe señalar que el Presidente ha declarado este estado de excepción por el período máximo que la Ley Orgánica de Estados de Excepción lo facultan: 90 días.

Pfeffer señala que cuando hablamos de estados de excepción nos referimos a:

“un derecho de excepción destinado a regir en situaciones de anormalidad, ya sea política, económica o social, nacional o internacional, y cuyo efecto incide, principalmente, en ampliar las facultades de la autoridad política y administrativa para restringir, limitar o suspender los derechos individuales o sociales” (p. 224).

Los estados de excepción deben ser entendidos, entonces, como una herramienta constitucional para garantizar el correcto desenvolvimiento de las funciones y atribuciones de la autoridad estatal. Con este fin, los estados de excepción son el único instrumento previsto por la Constitución vigente para afectar el ejercicio de los derechos constitucionales; y la declaración de estos es prerrogativa del Presidente de la República.

En Chile, el estado de catástrofe es uno de los estados de excepción previstos en la Constitución actual desde 1980 (Const. 2005, art. 41). Respecto de la afectación de derechos constitucionales, en Chile la declaración de estado de catástrofe

permite restringir únicamente los derechos de reunión y de locomoción (Const. 2005, art. 43 inc. 4). Por ello, debe entenderse que, no por atravesar una situación de naturaleza excepcional los demás derechos constitucionales deban entenderse restringidos ni mucho menos suspendidos *ipso iure*. Sin embargo, algunos de estos derechos sí se han visto afectados, y en algunos casos gravemente.

Esto ha ocurrido con el derecho a la privacidad y la protección de datos personales. Este es un derecho reconocido por la Constitución chilena en su artículo 19. N° 4, mediante una reforma constitucional de 2018.⁵ Además, la vida privada posee una regulación que data de 1999 mediante la ley 19.628.⁶ Y, en materia sanitaria, la protección de los datos sobre el estado de salud de los pacientes se encuentra resguardada por la ley 20.584.

No obstante, su reconocimiento y regulación, durante la emergencia se han verificado situaciones que han vulnerado este derecho. Entre ellas, la publicación por el medio digital *Interferencia.cl* el 11 de mayo de 2020 de mapas georreferenciados por comuna que incluye los sectores y focos con personas contagiadas de COVID-19.

El medio digital declaró:

“Se trata de la base de datos georreferenciada del Minsal, que se actualiza de manera permanente, pero a la que muy pocos pueden acceder. *Interferencia* obtuvo, mediante distintas fuentes, un acceso limitado a esta

⁵ Ley N° 21.096, que Consagra el Derecho a la Protección de los Datos Personales. Publicada en el Diario Oficial de la República de Chile el 16 de junio de 2018.

⁶ La Ley 19.628, Sobre protección de la vida privada, es la ley encargada de regular extensamente la protección de este derecho. Señala que el tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares se sujetará a las disposiciones de esta ley.

Define por *tratamiento de datos* “cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma” (Ley 19.628, 1999, art. 2° letra o).

información, a partir de la cual construyó los mapas que se muestran en este artículo”.⁷

Misma situación se ha verificado en otros países, implicando incluso la estigmatización de las personas contagiadas.

Por ello, el almacenamiento, el tratamiento informatizado y la distribución de estos datos deben cumplir las prescripciones jurídicas y los requerimientos éticos y bioéticos necesarios. El día de mañana, la divulgación y el manejo irresponsable de esta información puede afectar la salud, el empleo y el ejercicio de los demás derechos constitucionales de las personas que sean víctimas de este tipo de sucesos.

Pero la pandemia ha generado una dicotomía entre derecho a la salud y derecho a la privacidad, estructurada desde un enfoque ético supuestamente utilitarista, que ha generado de facto la restricción y afectación del derecho a la privacidad de muchas personas, tanto en Chile como en occidente.

Es imposible pensar que puede trasladarse mecánicamente a nuestros países, cuyas culturas jurídicas y éticas se encuentran edificadas principalmente sobre los principios, valores y contradicciones de la cosmovisión occidental (por imposición, en nuestro caso), las soluciones y estrategias de contención y superación de la emergencia socio-sanitaria desarrolladas por los países asiáticos.

El derecho a la privacidad e intimidad en nuestros ordenamientos jurídicos tiene un valor fundamental, y en su nombre se han desarrollado importantes conquistas sociales y políticas que han permitido el desarrollo de los derechos humanos de muchos grupos de la población. Por ello, aplicar en occidente un modelo de Estado y sociedad de control total, mediante dispositivos y tecnologías informáticas y comunicacionales sí implica una vulneración de estos derechos consagrados y reconocidos con jerarquía constitucional.

⁷ Artículo publicado el 11/05/20. Recuperado de: <https://interferencia.cl/articulos/exclusivo-estos-son-los-mapas-de-contagio-de-covid-19-que-manalich-mantiene-en-secreto>

El problema es que estas afectaciones y restricciones son cada vez más sofisticadas y menos percibidas como tales por la ciudadanía. Pero no solo eso, además, desde el año 2001 en adelante, estas restricciones han sido deseadas y justificadas por los mismos ciudadanos, movidos por los discursos ideológicos securitarios promovidos por los poderosos mediante sus gobiernos y medios de comunicación de masas o *massmedias*.

En este contexto, la pandemia del COVID-19 lo único que hizo fue actualizar el deseo securitario y modularlo en un deseo sanitario.

Foucault (2012) señalaba que en las sociedades post-disciplinarias o sociedades de control la relación de los Estados con la población se sustenta esencialmente bajo la forma de un “pacto de seguridad” (p. 50) debido a que el sentido común de la población se encuentra dominado por la inseguridad y el riesgo.

Entonces, hoy el anhelado derecho a la seguridad se actualiza en el derecho a la salud, y en nombre de este se introyecta la *racionalidad excepcional* en el modelo constitucional, haciendo necesarias las intervenciones excepcionales y extrajurídicas. No interpretándose estas como un desborde autoritario, arbitrario e inconstitucional, sino como una virtud en el ejercicio del poder público; una señal de que las instituciones funcionan.

Agamben (2020) dice que el primer factor que explica esto es la tendencia creciente a utilizar el estado de excepción como paradigma normal de gobierno, lo que implica una militarización de las zonas en crisis y la restricción de derechos y libertades; y que el segundo factor sería el estado de miedo que se ha extendido en los últimos años en la conciencia de los individuos y que se traduce en estados de pánico colectivos, construidos por los gobiernos para limitar las libertades mediante la inducción del deseo de seguridad (pp. 18 y 19).

Agamben, reiteradamente en muchos escritos, cuando desarrolla su tesis responsabiliza a los gobiernos del esparcimiento del deseo securitario.

Esta tesis implica que lo que aquí hemos denominado *racionalidad excepcional* sería una estrategia de gobierno, desde el punto de vista jurídico-administrativo, es decir, de los gobiernos en tanto entidades colegiadas de derecho público, dirigidas por un Jefe de Gobierno, que ejercen la función ejecutiva al interior de un Estado.

Sostengo, por el contrario, que la *racionalidad excepcional* es un dispositivo de gobernanza; en particular, de la *gobernanza global neoliberal*.

Es un dispositivo, en tanto se constituye en un artefacto ideológico que genera efectos de poder en la población. Y lo es de *gobernanza*, en tanto es una racionalidad que atraviesa las esferas públicas y privadas, y es transversal a los gobiernos y a la sociedad, pues implica el desarrollo y la reproducción del poder neoliberal, es decir, el poder de la alianza entre las oligarquías nacionales y el capital financiero transnacional que determina y conduce al Estado, al mercado y a la cultura.

En esta *gobernanza*, como correctamente lo dice Jean-Luc Nancy, respondiéndole precisamente a Agamben, los gobiernos solo son “tristes ejecutores” y desquitarse con ellos es “más una maniobra de distracción que una reflexión política (p. 30). Ello pues, la gobernanza neoliberal ha difuminado eficazmente, desde el año 2001 en adelante, en burócratas, militares, dirigentes políticos y civiles esta racionalidad autocrática y restrictiva, que junto al desarrollo tecnológico informático y comunicacional constituyen las condiciones de posibilidad de las sociedades de control, que el padecimiento de la actual emergencia socio-sanitaria nos advierte como futuro paradigma de vida.

VI. Conclusiones

i. Como correctamente lo previó Rousseau, el devenir de la modernidad capitalista nos ha ido mostrando que: 1) Tiende hacia la tiranía en los asuntos públicos. Esto quiere decir dos cosas: a) el secuestro fáctico de la soberanía y los destinos institucionales por aquellos que controlan el poder económico,

político y cultural; y, 2) las restricciones y limitaciones progresivas, mediante dispositivos sofisticados que las vuelven casi imperceptibles, de las libertades y derechos conquistados socialmente y políticamente y reconocidos jurídicamente en las Constituciones Políticas y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. 2) Tiende a la corrupción en los asuntos privados, lo que se expresa en la espectacularización de la vida privada, la intensificación de los dispositivos de vigilancia y control y la transfiguración de la voluntad moderna en un elemento para la dominación.

ii. La tardo modernidad, particularmente desde la década del 50' del siglo pasado hasta el año 2001, se caracterizó por la aporía entre el desarrollo progresivo del constitucionalismo y el derecho internacional de los derechos humanos, por un lado, y la implementación extensiva e intensiva de dispositivos de vigilancia, disciplina y control, por otro.

iii. La actividad de vigilar en el siglo XXI, en plena Era Virtual, a diferencia de los elementos que la definieron durante el siglo XX, se caracteriza por los siguientes fenómenos: 1) Se han desdibujado las fronteras entre vigilancia nacional e internacional, y ambas contribuyen a la misma expansión extensiva e intensiva del capitalismo; 2) Los centros típicamente disciplinarios y normalizadores descritos por Foucault, como ha sostenido Deleuze, se difuminan cada vez más en la vida privada de cada uno de los individuos, gracias al desarrollo tecnocientífico que ha desinstitucionalizado, impersonalizado y automatizado la actividad de vigilar; 3) Se ha configurado una situación que denomino *vigilancia voluntaria*, definida por el sometimiento en apariencia libre y consciente a la vigilancia cotidiana de los otros, mediante dispositivos tecnológicos informático-comunicacionales; 4) Esto constituye, en palabras de Byung-Chul Han, un panóptico digital que carece de perspectiva en virtud de que no es vigilado desde un único centro, desapareciendo la distinción entre centro y periferia en la actividad de vigilar, que era distintiva del modelo de panóptico de Bentham; 5) La vigilancia tiene hoy como fundamento el despliegue económico-político

del neoliberalismo y la instalación cultural del individualismo de masas y la sociedad securitaria, lo que se expresa en la construcción de subjetividades estructuradas desde los discursos de seguridad y la construcción de perfiles publicitarios orientados al consumo; y 6) La adquisición de datos e información personal hoy ya no es eventual e intencionada, sino que es sistemática y omniabarcante, desde el punto de vista de cómo opera, pero es intencionada y dirigida, desde el punto de vista de la conformación de bancos de datos, la transferencia lucrativa de información personal y la construcción de perfiles publicitarios.

iv. La Pandemia COVID-19 ha actualizado el discurso securitario en la modalidad del deseo sanitario o defensa del derecho a la salud en forma dicotómica con el ejercicio de otras libertades y derechos, como el derecho a la privacidad y protección de datos personales. Este afán securitario/sanitario puede definirse como una *racionalidad excepcional*, es decir, una racionalidad del poder, que se expresa en la solicitud ciudadana de medidas restrictivas y la adopción gubernamental de medidas jurídicamente difusas de dudosa constitucionalidad que amplían el rango de atribuciones excepcionales del poder ejecutivo.

v. En consecuencia, a diferencia de lo planteado por Agamben, el paradigma de gobernanza del estado de excepción no es un modelo impuesto de arriba hacia abajo, por el Estado o un poder central, sino que es producto de la sociedad. Por ello, tiene sentido hablar de sociedades de control.

vi. El paradigma de los estados de excepción, mediante la *racionalidad excepcional*, se constituye en un modelo de gobernanza que expresa la contradicción que el neoliberalismo en su fase autocrática actual ha desarrollado entre mayorías y derechos humanos; o dicho de otra manera, entre *democracia cuantitativa* y *democracia cualitativa* o *substancial*.

vii. En este panorama distópico para el constitucionalismo y los derechos humanos, que ya había sido advertido por

Rousseau como lo vimos al inicio de este ensayo, le corresponde a los juristas, constitucionalista, filósofos del derecho, bioeticistas, intelectuales, legisladores, jueces y actores sociales agudizar su sentido creativo para defender la vigencia de los derechos humanos y las propias conquistas modernas inspiradas en la dignidad, la fraternidad, la igualdad, la libertad y el respeto.

Bibliografía

- Agamben, Giorgio (2020) “La invención de una epidemia”, En *Sopa de Wuban. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. Editorial ASPO. Buenos Aires.
- Bobbio, Norberto (1985) *Estado, Gobierno y Sociedad*. Editorial Fondo de Cultura Económica. CDMX
- Constitución Política de la República (2005). Diario Oficial de la República de Chile. Santiago.
- Corcuff, Phillipe (2007). *Las nuevas sociologías. Principales corrientes y debates, 1980-2010* Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires
- De la Boétie, Étienne (2008). *Discurso de la servidumbre voluntaria* Editorial Trotta. Madrid
- Deleuze, Gilles (2004). *Posdata sobre las sociedades de control*. Ediciones Fe de erratas. Santiago
- Ferrajoli, Luigi (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*. Editorial Trotta. Madrid
- Foucault, M. (2000). *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France, 1975-1976*. Editorial Fondo de Cultura Económica. CDMX
- (2009). *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores. Buenos Aires
- Han, Byung Chul (2012). *La sociedad del cansancio*. Herder Editorial. Barcelona
- (2013). *La sociedad de la transparencia*. Herder Editorial. Barcelona
- (2020) “La emergencia viral y el mundo de mañana”, en *Sopa de Wuban. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. Editorial ASPO. Buenos Aires

- Hardt, Michael y Negri, Antonio (2002) *Imperio*. Editorial Paidós. Buenos Aires
- Kant, Immanuel (2007) *La paz perpetua*. Mestas Editores. Madrid
- Logiudice, Edgardo (2007) *Agamben y el estado de excepción. Una mirada marxista*. Ediciones Herramienta. Buenos Aires
- Nancy, Jean Luc (2020) “Excepción viral” en *Sopa de Wuban. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. Editorial ASPO. Buenos Aires
- Pfeffer, Eugene (2002) “Estados de excepción constitucional y reforma constitucional” en *Ius et Praxis*. N° 8. En línea en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100013>
- Ramonet, Ignacio (2016). “Google lo sabe todo de ti” en *LE MONDE Diplomatique*. N° 224, Buenos Aires.
- Schneewind, Jerome (2009) *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna*. Editorial Fondo de Cultura Económica. CDMX
- Soto, Yasmina (2017). “Datos masivos con privacidad y no contra privacidad” En *Revista Bioética y Derecho*, N° 40. En línea en: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/19165/21619>
- Whitaker, Reginald (1999). *El fin de la privacidad. Cómo la vigilancia total se está convirtiendo en realidad*. Editorial Paidós. Barcelona.

El rol de los y las juristas frente a las prisiones y el COVID-19

The role of jurists in the face of prisons and COVID-19

Gabriela Gusis¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 603-624

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e436>

Recibido: 01/08/2020

Aprobado: 15/09/2020

I. Introducción

La realidad de las prisiones de América Latina, y el mundo entero, podríamos afirmar, presentan un escollo ético frente a la propagación de la pandemia en tanto, aunque no todas las prisiones se encuentran en las condiciones de hacinamiento que en gran medida sí hay en América Latina, muchas acarrean problemáticas de hiper encarcelamiento, y otras tantas, aunque no cuentan con las mismas condiciones de detención deterioradas como las de nuestros márgenes, llevan consigo los males de cualquier institución total, lo que impone problemas específicos que se evidencian con mayor medida en medio de esta situación, pues la propagación de enfermedades en contextos de encierro estatal resulta ser claramente más alarmante.

¹ Secretaria adscripta de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC), Docente de Derecho Penal y Criminología de las Facultades de Derecho de la UBA, UNLP y UNDAV. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3067-7998>).

Sendos estudios han demostrado que las condiciones de encierro propician distintas violencias² y vulneraciones de derechos fundamentales, entre las que se cuenta el derecho a la salud, mientras el contagio de enfermedades infecto contagiosas en condiciones de prisión -se ha sostenido- aumenta en una proporción que supera con creces las de aquellos que se encuentran en libertad³.

El dilema ético es humanitario hoy, y nos impone buscar, analizar y brindar herramientas jurídicas que propicien el sentido humano (de *humanitas*) del derecho tanto como la prevención de una masacre que parece encaminada en los ámbitos de detención.

II. Las prisiones argentinas y algunas referencias regionales, en números

Según Prison Studies⁴, Argentina se encuentra en el 17° lugar con mayor población penal mundial en números totales, con 103.209⁵ personas privadas de libertad a nivel país, superado en la región por Brasil (733.151), México (198.384) y Colombia (122.318).

² En nuestro medio; Dir. E. R. Zaffaroni: UBACyT, La medida del castigo (2008-2011), la indeterminación (2011-2014) , Dir. Alejandro W. Slokar: UBANEX, Perspectivas de la violencia en prisión (2017-2018), DECYT, *Representaciones y perspectivas de la violencia carcelaria*". Determinación de las vulnerabilidades. (2018-2020), entre otras.

³ Elías Carranza, ex director ejecutivo de ILANUD, ha presentado trabajos estadísticos que advierten seriamente sobre el incremento exponencial al que la población penal queda sometida en cuestiones de violencia tanto como de posibilidad de contraer enfermedades. La Procuración Penitenciaria de la Nación y la Comisión Provincial por la Memoria, vienen denunciando esta situación hace tiempo, lo que puede verse en los distintos informes anuales disponibles en www.ppn.gov.ar

⁴ Véase el informe de Prison Studies, disponible en: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total/trackback?field_region_taxonomy_tid=All

⁵ SNEEP, Informe del Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución Penal, elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018. Disponible en: <http://www.saij.gov.ar/docs-f/estadisticas-sneep/2018/InformeSNEEPARGENTINA2018.pdf>

Si hablamos en términos de tasas de prisionizados, Argentina posee una tasa de 230 cada 100.000 habitantes⁶, proporción sumamente elevada en relación al resto del mundo. Según el informe del Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución Penal (SNEEP, 2018), Argentina se encuentra en el puesto número 13° a nivel mundial cuando pensamos en la relación encarcelados-habitantes.

Nuestro país se lleva un puesto diferente si se trata de relacionar población por capacidad de alojamiento. Según el mismo centro referenciado y los datos hasta diciembre de 2018, la tasa de alojamiento superaba en más del 20% la capacidad declarada por las autoridades para el alojamiento de detenidos⁷.

Con estos números –tan sólo a modo de nuestra- podemos afirmar que Argentina se encuentra en este momento en una situación de sobrepoblación crítica en los términos en los que se evalúa la cuestión a nivel mundial.

No es objeto de este trabajo analizar los múltiples factores que han llevado a que la población encarcelada se elevara durante los últimos años de un modo exponencial en relación al que se venía ya acelerando al menos en los últimos 20 años, pero cabe advertir que en gran medida han influenciado aquel incremento las políticas legislativas que pretendieron restringir derechos y prelibertades durante la ejecución penal, leyes de inexcusación por tipos de delito, la ley de flagrancia, entre otras; tanto como las creaciones pretorianas jurisprudenciales del último tiempo que, fuera de los criterios tradicionales para analizar la procedencia de la prisión preventiva, afirmaron la

⁶ El Sistema Nacional informa una tasa de 213.25, pero Prison Studies indica que ello no computa los detenidos en comisarías, que la eleva al número indicado. El propio SNEEP indica una tasa de 232 considerando detenidos en otros espacios no penitenciarios.

⁷ Según el registro de Prison Studies, se advertía un 122.1 % de ocupación. Cabe advertir que esta ocupación es la declarada por las autoridades, lo que en muchos casos ha sido cuestionado por los organismos de derechos humanos, considerando que esos alojamientos muchas veces son provisorios o no respetan los criterios de estándares internacionales en la materia, por lo que la proporción de sobrepoblación real sería aún más elevada. Véase en: <https://www.prisonstudies.org/country/argentina>,

necesidad de encarcelar. Han colaborado también, las corrientes punitivistas estimuladas a través de los medios masivos de comunicación, la exposición y persecución pública –incluidos pedidos de juicios políticos- de jueces que resuelven sobre libertades-, y las reacciones públicas de políticos inescrupulosos o temerosos de la opinión pública.

¿Por qué nos interesa relevar estas consideraciones? porque todas las condiciones existentes en las prisiones, ya sean por violencia estructural tanto como por deterioro propio que acarrea la sobrepoblación penal, conllevan como consecuencia el detrimento de las condiciones de detención establecidas constitucional e internacionalmente, vulnerando las mandas constitucionales de los artículos 18 y 75 inc. 22 CN (y sus Tratados).

Esto no es novedoso siquiera en la jurisprudencia de nuestro país, donde los extremos fueron minuciosamente analizados por el más alto Tribunal de la Nación al decidir sobre las prisiones de la Provincia de Buenos Aires, en el famoso fallo “Verbitsky”⁸

Allí ya se había denunciado que los lugares de alojamiento de detenidos (en ese entonces provinciales) no respetaban las reglas mínimas que garanticen los derechos de los reclusos. Se advertía que los lugares de alojamiento de detenidos debían ser considerados en función a las condiciones de aireación, de iluminación, de calefacción, de sanidad, a la cantidad de camas, de seguridad para el descanso, de contacto diario al aire libre con posibilidad de desplazamiento, de acceso al servicio médico, al sistema educativo, trabajo y a la alimentación adecuada; condiciones éstas, que el Estado provincial no satisfacía siquiera mínimamente en virtud del hacinamiento denunciado, por lo que las condiciones de detención incrementaban las posibilidades de poner en riesgo la vida y la integridad física de las personas, y la posibilidad de contagio de enfermedades infecto-contagiosas tanto de los detenidos como del personal asignado a la custodia.

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Verbitsky s/habeas corpus”, sentencia del 3 de mayo de 2005.

En la necesidad de analizar jurídicamente los alcances de la privación de libertad legal y cuáles son condiciones de detención aceptables en el marco de los derechos humanos, consideramos, teniendo en cuenta el sistema de supralegalidad del bloque constitucional analizar los estándares que rigen a nivel internacional e interamericano, urgente pensar posibles soluciones regionales y nacionales desde una hermenéutica que armonice los criterios para aportar al cambio de la realidad carcelaria.

III. Estándares en materia de privación de libertad, con especial referencia a la posición de garante del Estado y el derecho a la salud

Los Instrumentos internacionales e interamericanos han desarrollado una serie de principios fundamentales para considerar cuándo las condiciones de detención resultan ser adecuadas y respetuosas de los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

Así, son harto conocidas por ejemplo las normas del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que en su artículo 10 dispone que todas las personas privadas de libertad serán tratadas con humanidad y con respeto a la dignidad inherente de la persona humana. Por su parte el artículo 4 del mismo, establece expresamente algunas disposiciones respecto a las obligaciones de los Estados en materias de derechos humanos, dándoles carácter de normas imperativas de derecho internacional.

En cuanto al derecho a la salud, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos considera su más amplio resguardo. Es por ello que cuando una persona se encuentra privada de libertad, el Estado asume el deber de proveer tratamiento médico y de proteger y promover su salud física y mental, así como su bienestar. En ese sentido lo destaca el art. 12 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* al reconocer que toda persona tiene esos derechos, incluidos las personas privadas de la libertad, y precisa que para hacerlos

efectivos los Estados deben tomar medidas en miras de prevenir y tratar las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, creando condiciones que aseguren la asistencia médica en caso de enfermedad.

Más específicamente, las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos*, conocidas como Reglas Nelson Mandela, han dedicado la Regla 24 a la salud, disponiendo realizar exámenes médicos tan a menudo como sea necesario tomando las medidas particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, tomar en su caso las medidas necesarias; asegurar el aislamiento de los reclusos sospechosos de sufrir enfermedades infecciosas o contagiosas; señalar las deficiencias físicas y mentales que puedan constituir un obstáculo para la readaptación, y determinar la capacidad física de cada recluso para el trabajo”.

Por su parte, los *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos* disponen en el apartado 9° el acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica.

La *Observación General N° 14 del Consejo Económico y Social* define las obligaciones que los Estados Partes deben cumplir a fin a hacer realidad el derecho a la salud en el ámbito nacional. Dable es destacar que la obligación de respetar el derecho a la salud exige que los Estados se abstengan de denegar o limitar la igualdad de acceso de todas las personas, incluso de reos o detenidos, miembros de minorías, solicitantes de asilo e inmigrantes indocumentados, a los servicios de salud que proporcionan cuidados curativos y paliativos, que se abstengan de aplicar prácticas discriminatorias en las políticas de Estado y que se abstengan de imponer medidas discriminatorias en lo tocante al estado de salud y las necesidades de las mujeres.

También resulta medular la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes*, y su protocolo facultativo, en los que se destaca la necesidad de evitar toda pena cruel como principio fundamental de la privación de la libertad.

En el ámbito interamericano, la carta fundamental tanto como la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* destaca que el Estado es garante por los derechos de las personas privadas de libertad.

Por su parte, el artículo 6 de la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, prohíbe los actos de tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, lo que se extiende también al ámbito de las prisiones en donde, como se ha señalado, el rol del estado opera doblemente, por un lado en su posición de garante, y por el otro por las variables y múltiples condiciones de vulnerabilidad y sujeción especial en las que se encuentran los detenidos y detenidas, sin excepción o declaración de emergencia posible.

Los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*⁹, establecen en el primero de sus postulados el trato humano y destacan que, en base a la posición especial de garante de los Estados frente a la población penitenciaria, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, sin poder invocarse circunstancias tales como estados de guerra, de excepción, situaciones de emergencia, inestabilidad política interna u otra emergencia nacional o internacional, para evadir el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Este breve e inacabado panorama de los estándares internacionales e interamericanos, y su interpretación al menos por parte del máximo Tribunal regional, nos imponen con carácter de urgencia pensar soluciones jurídicas –además de las que se deben pensar desde la política, que no son objeto de este trabajo– a los problemas acuciantes en medio de esta catástrofe mundial. No asumir la responsabilidad en ese sentido llevaría irremediablemente a ser responsables éticos de la masacre en ciernes.

⁹ Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, fueron adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

IV. Covid-19 La pandemia en la prisión, declaraciones y recomendaciones de los organismos internacionales

En las últimas semanas son muchos los organismos internacionales que resaltaron el deber de los Estados de proteger la salud física y mental, así como el bienestar de todas las personas bajo su custodia con referencias específicas a la pandemia por COVID-19.

El Subcomité de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de la ONU¹⁰, emitió el documento “Recomendaciones del Subcomité de Prevención de la Tortura a los Estados Partes y Mecanismos Nacionales de Prevención relacionados con la pandemia de Coronavirus” que, entre otras cosas, apunta que se tomen medidas para evitar los riesgos asociados a al contagio y al vivir la pandemia en prisión, y recomienda como central reducir las poblaciones penitenciarias.

Las Directrices del Subcomité de Prevención de la Tortura afirman que dado el mayor riesgo de contagio entre las personas en custodia y otros entornos de detención, se insta a todos los Estados a identificar a las personas con mayor riesgo dentro de las poblaciones detenidas; se reduzca las poblaciones penitenciarias siempre que sea posible mediante la implementación de esquemas de liberación temprana, provisional o temporal para aquellos detenidos para quienes sea seguro hacerlo; realizar una evaluación de todos los casos de detención preventiva para determinar si son estrictamente necesarios a la luz de la emergencia de salud pública prevaleciente; evaluar el uso de la detención de migrantes y los campos de refugiados cerrados con el objetivo de reducir sus poblaciones al nivel más bajo posible; considerar la liberación de personas en detención para garantizar que se adopten las medidas adecuadas para aquellos

¹⁰ Las recomendaciones fueron adoptadas el 25 de marzo de 2020. Disponibles en: <https://cnpt.gov.ar/recomendaciones-del-subcomite-de-prevencion-de-la-tortura-a-los-estados-partes-y-mecanismos-nacionales-de-prevencion-relacionados-con-la-pandemia-de-coronavirus/>

que han dado resultado positivo o que son particularmente vulnerables a la infección; asegurar que cualquier restricción a los regímenes existentes se minimice y sea proporcional a la naturaleza de la emergencia de salud y de acuerdo con la ley; garantizar que los mecanismos de queja existentes sigan funcionando y sean efectivos, y asegurar la provisión de suficientes instalaciones y suministros para todos los que permanecen detenidos para permitirles el mismo nivel de higiene personal que debe seguir la población en general.

Las autoridades públicas deberían tomar medidas inmediatas para abordar el hacinamiento en las cárceles, incluidas medidas para respetar la orientación de la OMS sobre el distanciamiento social y otras medidas de salud. Liberación de individuos, incluyendo niños, personas con problemas de salud subyacentes, personas con perfiles de bajo riesgo y que se han comprometido con delitos menores, personas con fechas de liberación inminentes y detenidos por delitos no reconocidos según el derecho internacional, se deben priorizar. La liberación de los niños debe hacerse en consulta y asociación con actores de protección infantil y autoridades gubernamentales relevantes para garantizar una atención adecuada.

En el documento de la Organización Mundial de la Salud¹¹ “Preparación, prevención y control de COVID-19 en las cárceles y otros lugares de detención” se establece la probabilidad de que las personas privadas de la libertad sean más vulnerables al brote de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) que la población en general debido su condición de vida. La respuesta al COVID- 19 en las cárceles y otros lugares de detención es particularmente desafiante, ya que requiere un enfoque de todo el gobierno y de toda la sociedad, es decir, la salud de la prisión se considera ampliamente como tema de salud pública que debe ser tratada en el marco de los derechos humanos.

¹¹ Documento disponible en: <http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/prisons-and-health/publications/2020/preparedness,-prevention-and-control-of-covid-19-in-prisons-and-other-places-of-detention-2020>

La misma organización hace hincapié en el respeto de los derechos de todas las personas afectadas, y señala que todas las medidas de salud pública deben llevarse a cabo sin discriminación de ningún tipo. Las personas en las cárceles y otros lugares de detención no solo son más vulnerables a la infección con COVID 19 sino que también son especialmente vulnerables a las violaciones de los derechos humanos.

Asimismo, aporta pautas para la detección de casos y para el accionar sanitario frente a los mismos siempre señalando que el brote de COVID 19 no debe usarse como una justificación para socavar el cumplimiento de todas las pautas fundamentales incorporadas en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (las Reglas de Nelson Mandela), entre otros derechos resaltan: Las restricciones nunca deben equivaler a tortura u otro trato o castigo cruel, inhumano o degradante. Prohibición del confinamiento solitario prolongado (es decir, más de 15 días consecutivos). Las decisiones clínicas solo puedan ser tomadas por profesionales de la salud y no deben ser ignoradas o anuladas por personal no médico de la prisión. · Si bien los medios de contacto familiar pueden estar restringidos en circunstancias excepcionales por un período de tiempo limitado, nunca debe prohibirse por completo.

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹², señaló que “las autoridades deberían examinar la manera de poner en libertad a los individuos especialmente vulnerables al COVID-19, entre otros a los presos de más edad y los enfermos, así como a los detenidos menos peligrosos. Además, las autoridades deberían seguir atendiendo las necesidades sanitarias específicas de las mujeres reclusas, incluso de las que están embarazadas, de los internos con discapacidad y los menores de edad”.

¹² Documento reciente de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, publicación de la delegación para América del Sur, disponible en: Disponible en: <https://ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745&LangID=S>

El documento de la Alta Comisionada de Naciones Unidas regional advierte que: “La urgencia de reducir aún más el hacinamiento en el sistema penitenciario, se ve reforzada por las recientes noticias sobre los primeros casos de contagio por el virus COVID-19 en algunos establecimientos del dicho sistema. El impacto de la suspensión de visitas en lugares de privación de libertad, así como la falta de acceso a la información, están generando reacciones violentas, motines, y riesgos para la seguridad, como resultado de frustración y de un sentimiento generalizado de indefensión de las personas privadas de libertad. La imposibilidad material de implementar las medidas de prevención de contagio –y de cuidado de casos contagiados– en los contextos de encierro penitenciario, sumado al deterioro de la posibilidad de defensa y control judicial por la disminución de las audiencias, activan la responsabilidad de los Estados frente a esta población bajo su custodia, tanto en el caso de la prisión preventiva, como en el de la ejecución de la sentencia privativa de libertad”.

A la vez, considera que: “Teniendo en cuenta el cambio radical en las circunstancias, el presente documento aboga por la reducción urgente del número de personas en los centros de detención a través de liberaciones y de la aplicación intensiva de medidas alternativas a la privación de libertad en razón de tres categorías de circunstancias:

a) En primer lugar, los Estados deben evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas sustitutivas como los indultos, libertad condicional, arresto domiciliario, libertad anticipada, o cualquier otro régimen que no entrañe reclusión; dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19, tales como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, personas con discapacidad, mujeres embarazadas o con niños a su cargo, y para quienes estén prontas a cumplir condenas. Las medidas excepcionales que se tomen en este contexto no pueden evadir los principios contenidos en las Reglas de Ejecución del Estatuto de Roma para los condenados por delitos de lesa humanidad.

También se deben considerar urgentemente alternativas a la detención para las personas en prisión preventiva por delitos menores o no violentos, especialmente quienes han sido condenados por delitos relacionados con drogas, así como aquellas personas que entran al sistema penal por primera vez, o que presentan bajo riesgo de fuga y baja peligrosidad para la sociedad.

b) En segundo lugar, las autoridades deben minimizar el riesgo epidemiológico que representan reclusiones parciales o régimen semi-abierto, que permiten cierta libertad de movimiento para personas privadas de libertad y el personal penitenciario. Dada la dificultad de establecer la trazabilidad del coronavirus y alto riesgo de contagio dentro de los lugares de privación de libertad, estas sanciones deberían revocarse y sustituirse urgentemente por liberaciones anticipadas o provisionales, arrestos domiciliarios, fianzas u otras medidas no privativas de libertad.

c) Por último, las condiciones de privación de libertad, tales como el hacinamiento, la falta de higiene, las deficiencias en acceso a los servicios de salud y la mala alimentación, vulneran los derechos de las personas y, además, constituyen factores de alto riesgo para el surgimiento de brotes de la enfermedad. Estas falencias, sumadas a las restricciones de visitas de familiares y de órganos de monitoreo, y limitaciones del acceso a la asistencia letrada en el contexto de COVID-19, pueden equivaler a malos tratos. La liberación urgente de los grupos de personas mencionadas anteriormente aliviaría la carga actual de los lugares de privación de libertad, además de contribuir a la salud pública y a la seguridad comunitaria en el marco de la pandemia.”

La Guía de Penal Reform International¹³ refuerza lo anterior con relación al Principio de no dañar. Así, ha estipulado que: “Los sistemas de justicia criminal necesitan tomar medidas para

¹³ Penal Reform International, Coronavirus. Healthcare and human rights of people in prison, disponible en: <http://filesserver.idpc.net/library/FINAL-Briefing-Coronavirus.pdf>

adaptarse a la situación de rápida evolución del COVID-19, reduciendo el número de personas en centros de detención; deben adaptar la manera en la que funcionan para evitar generar daños. De lo contrario, el riesgo es que las personas vulnerables que enfrentan tiempos breves de detención puedan tener consecuencias duraderas y potencialmente irreversibles al estar expuestas al COVID-19.”

Con igual preocupación, aparecen las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁴, que urgió a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familias frente a la pandemia del COVID-19¹⁵.

En el documento, la CIDH subraya las alarmantes condiciones de salubridad e higiene y los niveles de hacinamiento que caracterizan a los establecimientos penitenciarios de la región. En cuanto a la protección de los derechos de las personas privadas de libertad los Estados deben:

1. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación

¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado 66/2020, del 31 de marzo. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>

¹⁵ En ese sentido, establece como prioritario que los Estados adopten medidas que contemplen criterios de excarcelación o alternativas a la privación de la libertad en miras a descongestionar unidades penitenciarias y comisarías. En consonancia con el llamado de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de Naciones Unidas del último 25 de marzo, la CIDH exhorta a los Estados a proceder con la debida urgencia para reducir el número de personas privadas de libertad y a examinar los distintos casos para poner en libertad a las personas especialmente vulnerables al COVID-19, en particular a las personas que tienen más edad y aquellas aquejadas por enfermedades. Asimismo, expresa su preocupación por el aumento de la violencia en los centros de privación de la libertad de la región, mencionando los dos motines que tuvieron lugar entre el 23 y 25 de marzo en las cárceles de Coronda y Las Flores, provincia de Santa Fe, en reclamo por las medidas sanitarias adoptadas frente a la pandemia (en los que cinco personas fallecieron y otra decena resultaron heridas). Por otro lado, la CIDH saluda algunas iniciativas que están tomando autoridades de distintos organismos de la región, entre las que menciona el monitoreo y las recomendaciones que viene realizando el Comité Nacional de Prevención de la Tortura de la Argentina (especialmente las publicadas el 20 de marzo) y las solicitudes de medidas como el arresto domiciliario para grupos vulnerables y el uso de conmutación de penas por el Poder Ejecutivo presentadas por el Mecanismo Local de Prevención de la Tortura de la Provincia de Buenos Aires.

de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19.

2. Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas.

Más recientemente este documento se vio reforzado en el ámbito interamericano por la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶, en donde advirtió que: “Dado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad”

El Comité Internacional de la Cruz Roja, por otro lado, ha exhortado en un reciente documento titulado: “Recomendaciones para la prevención y control de la COVID-19 en lugares de detención”, con fines exclusivamente humanitarios, a una coordinación y articulación entre las instituciones que conforman el sistema de salud y las autoridades responsables de detención, con el fin de elaborar e implementar planes de contingencia para abordar la pandemia de manera integral y oportuna. Asimismo, advierte que lo indicado en el documento debe leerse en consonancia con las disposiciones de la Organización

¹⁶ Corte IDH. Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20. COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales, 9 de abril de 2020. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf

Mundial de la Salud y su guía más reciente en relación con la preparación, prevención, y control de la COVID-19 en cárceles y otros espacios de detención, y documentos de referencia de entes nacionales rectores en salud.

Por otra parte, pone de resalto y solicita a los operadores judiciales dar trámite prioritario a los casos de personas infectadas con COVID-19, en base a los derechos a la vida, integridad y salud. Así como invocó los correlativos deberes estatales de protección y garantía, y principios como la dignidad humana, la necesidad de la pena o detención provisional, la prohibición de imponer tratos o penas antijurídicas, crueles, inhumanas, o degradantes, el principio de no lesividad y no trascendencia de la pena, así como la prohibición de condiciones incompatibles con la privación de la libertad, y el principio de normalidad según el cual se debe garantizar el acceso a servicios y atención en salud equivalentes con el mundo exterior.

V. Las penas crueles son penas ilícitas

La prisión, para ser legal, debe enmarcarse dentro de las reglas del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, como se ha desarrollado. Cualquier modificación de las condiciones por fuera de la legalidad tornara a la pena¹⁷ en ilícita.

No es admisible ningún tipo de pena que no respete la dignidad del ser humano como tal, no es posible, por tanto una pena que imponga un dolor más allá de lo legalmente impuesto. En caso de agravamiento de las condiciones de detención, por fuera de ese marco, deberá considerarse a la pena como ilícita.

¹⁷ Abordaremos el concepto de “pena” en sentido amplio, y definida como un dolor que no resarce, ni restituye, y que constitucionalmente no debe superar la restricción ambulatoria, sin distinguir la prisión preventiva de la pena pues, en los hechos, las manifestaciones de ésta resultan de idénticas consideraciones en la realidad, en función de la reproducción de los mismos efectos deteriorantes. Habrá una pena o una prisión preventiva que se tornará en pena ilícita pues resulta de un dolor que supera el consignado por los instrumentos internacionales y constitucionales.

Estas últimas son *penas crueles, inhumanas y degradantes*, en consideración al derecho constitucional de todos los países latinoamericanos y también por todos los tratados de derecho internacional de derechos humanos.

Debemos considerar que, la actual realidad de las prisiones latinoamericanas están, como se ha señalado, sobrepobladas, y que, en esas condiciones, pasan a ser instituciones que no sólo violan reglas indispensables para garantizar la salud, alimentación, espacios apropiados para el cumplimiento de condiciones de detención, aireación, sino que degradan al máximo la autoestima de los presos, los somete a servidumbre, ponen en peligro su vida en razón de la violencia interna, siendo impotentes para garantizarse su protección tanto como las del personal de seguridad que, cuando existe, lo es en número por completo insuficiente para cumplir esa función elemental¹⁸.

No es sólo el efecto inevitable deterioro de la institución total¹⁹. La violencia en las prisiones de la región aumenta en 25 veces las posibilidades de muerte que en el medio libre. Eso significa que en las prisiones se producen más homicidios y suicidios alcanzando límites muy altos en nuestra realidad, hallándose en una situación crítica de muertes violentas.

Tal como señala Zaffaroni, no tiene sentido eludir la realidad con finas especulaciones racionalizadoras, pretendiendo concluir que la tortura infligida por un funcionario estatal a una persona que está sometida o somete a su poder con motivo o pretexto de un delito, no sea una pena. La tortura y en general las penas crueles se ejecutan por funcionarios del Estado sobre personas imputadas o condenadas por delitos, de modo que es una forma clarísima de respuesta estatal a un delito cometido o imputado, o sea, que queda claro que estas *penas ilícitas también son penas*²⁰.

¹⁸ Zaffaroni, *Penas ilícitas...*, obcit.

¹⁹ Erving Goffman, *Internados, Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Bs. As., 1994.

²⁰ Zaffaroni, E. R, *Las penas crueles son penas...* En igual sentido, *Penas ilícitas...*

El Estado, como responsable internacional de los compromisos asumidos a través de los tratados internacionales de Derechos Humanos, no puede ampararse en que no se trata de su responsabilidad atribuyéndoselas a los funcionarios individuales. Además, atribuir la responsabilidad a los agentes, o incluso la responsabilidad internacional por las condiciones en las que se ejecutan las penas de prisión no importa negar, que la otra cara de la misma moneda (la otra cara de la responsabilidad) es la cara de quien sufre la prisión en esas condiciones, que pasa a ser víctima de éstas cuando se tornan en ilícitas.

Por tal motivo, resulta un imperativo pensar soluciones jurídicas que den respuesta a este lado de la moneda, pues su omisión también conlleva un trato que supera los límites del Estado de Derecho.

Por ello, la solución jurídica para el caso del agravamiento debe importar –por un lado del análisis- indefectiblemente una consecuencia jurídico penal, no sólo en la sanción administrativa y/o penal para quienes la agraven, tanto como para el Estado como garante, sino además –del lado opuesto, como se ha dicho- en una compensación judicial de pena para quien la sufra²¹, y una de esas alternativas, resulta en la posible compensación por

²¹ Al margen de este ejercicio ilícito letal del poder punitivo –y pese a la ratificación de tratados internacionales- abundan en la región las denuncias de delitos de torturas, malos tratos, lesiones o sufrimientos impuestos por funcionarios o no evitados por ellos, en especial a personas privadas de libertad o en el acto de hacerlo, como también las víctimas de *motines, violencias o tumultos carcelarios* y enfermedades contraídas y lesiones sufridas como resultado de deficientes condiciones prisionales, presos en dependencias policiales, lesiones en traslados y circunstancias análogas.

Zaffaroni señala que casi todas estas lesiones a bienes jurídicos son producto de conductas típicas (activas u omisivas) de funcionarios estatales, aunque algunas los sean por negligencia o por circunstancias no imputables a los funcionarios de las agencias ejecutivas, sino del deficiente material de que estos funcionarios disponen o de las precarias condiciones en que deben cumplir sus tareas. De toda forma, en el plano internacional se trata de violaciones a los derechos humanos que generan responsabilidad de los Estados, como lo prueban numerosas sentencias del sistema regional de derechos humanos.

Cuando estas lesiones configuran conductas típicas de los funcionarios, en gran medida resultan impunes, dada la dificultad para su investigación o la poca o nula atención que le dispensan los tribunales abarrotados de causas por hechos de menor gravedad, como

tiempo de prisión ilícita²², descontando o *compensado* con una reducción –o incluso cancelación, según la gravedad del daño sufrido- de la pena lícita que se le imponga o que deba cumplir o le reste por cumplir, según el caso.

En la doctrina penal tampoco es algo nuevo. Ya hace tiempo Zaffaroni ha analizado estas situaciones afirmando que cuando una pena comienza siendo lícita pero se torna ilícita en su transcurso derivado del agravamiento de las condiciones de detención, es el judicial que a través de su respuesta jurídica puede reevaluar las condiciones de cumplimiento de la ejecución de la pena con el fin de compensar los tratos ilícitos que se susciten en la pena lícita en función del principio de proporcionalidad, de doble punición, y el fin constitucional de la ejecución penal.

En el último trabajo sobre la cuestión, Zaffaroni²³ afirmó que “la ciencia jurídica no es omnipotente- se le impone como mandato ético sumarse al esfuerzo de contención. La ciencia jurídico penal debe proporcionar una respuesta a los interrogantes que su práctica le plantea, especialmente en las cuestiones cruciales que hasta el presente no ha enfrentado con decisión, como es el problema de las penas ilícitas”. Cuál es el camino entonces que debe seguir el discurso jurídico en tanto contentos de irracionalidades?

VI. El rol fundamental de la judicatura

La obligación de respetar el derecho a la salud exige que los Estados, y sus poderes, cumplan de manera urgente con la necesidad que imponen los tiempos, cual es una razón

también por la falta de denuncia, ante la amenaza de represalias por parte de los mismos funcionarios o de sus agencias.

²² Se han elaborado desde distintas perspectivas posibilidades de compensaciones económicas, adelantamiento de institutos de pre libertades, incluso en casos conmutaciones de penas. Proponemos una compensación temporal debido a la consideración, que se explicará más adelante, sobre la importancia del tiempo vivencial, aún mas en la prisión.

²³ Zaffaroni, E.R, Penas ilícitas y dogmática penal, Ediciones del Sur, Buenos Aires, 2020.

eminentemente humanitaria, en medio de la pandemia por el Covid-19. En el caso del poder judicial ello importa un compromiso efectivo que debe quedar plasmado en las sentencias, las cuales deben dictarse -en la actual crisis de salud mundial- sin la menor dilación, pues cada vida es única e irremplazable, y no es aceptable ni jerarquizar ni desvalorizar siquiera una sola vida humana. En los últimos meses hemos presenciado, y aún seguimos haciéndolo, que en las instituciones masivas de encierro el poder de letalidad de la enfermedad SARS-COVID 19 es inmensa y se propaga rápidamente. Ha pasado en geriátricos, en hospitales. Si pensamos que nuestras prisiones no respetan mínimos de metraje por persona, condiciones de higiene y salubridad mínimas, qué sucederá entonces cuando ingrese el virus?.

Posiblemente la masacre por goteo -término desarrollado por E. R. Zaffaroni, por el cual se expone la existencia de muertes lentas y continuas por parte del sistema penal no llegando a visibilizarse exponencialmente de forma masiva e indiscriminada, pero que conlleva en definitiva a ese resultado-, se visibiliza dentro de las prisiones acorde a la realidad que hemos descripto, en momentos en que ingrese el virus será de muerte masiva e imparable, más allá de los intentos por cumplir con protocolos que con suerte se han cumplido en condiciones completamente disímiles a nivel mundial (separación y aislamiento de posibles infectados, tratamiento adecuado de salud, condiciones de preservación y cuidado del personal de salud para evitar el contagio y propagación, elementos de higiene, etc.).

Como hemos dicho, esta forma de morir bajo la responsabilidad estatal ya sucede en las prisiones de nuestra región, pero visto como se van sucediendo a nivel mundial las cosas, se incrementan mucho más las posibilidades de muerte en situaciones como la actual pandemia en el caso de los detenidos y detenidas. Por ello, nos preguntamos si esa masacre que produce el sistema penal no dejará de ser por goteo para transformarse en muertes a chorros producidas bajo la responsabilidad del Estado.

Entendemos que el rol de la judicatura, como control de desboques del poder punitivo tanto como de la realización y el respeto de los derechos y las garantías de los individuos, debe asumir en medio de estas circunstancias un papel primordial. Ello no sólo por ser uno de los poderes del Estado, y por tanto obligado a ello, sino también por un resguardo ético de la dignidad de todo ser humano.

La sobrepoblación penal y la situación de la pandemia es un problema político para la administración (poder ejecutivo) y también para los legisladores, pero cuando éstos hacen caso omiso del deterioro carcelario, son los jueces quienes deben buscar las vías de solución resolver o al menos mitigar el dolor de una prisión que se torna en un peligro real y concreto de masacre. El rol de la judicatura tiene en sus manos, como poder del Estado, una parte esencial de responsabilidad tanto como de capacidad de resolución con el objeto de evitar que las prisiones se tornen en penas de ilicitud manifiesta. Es en ese sentido que el saber jurídico de contención penal asume una doble oportunidad de servir como apéndice constitucional e internacional de los derechos humanos. El poder jurídico cobra una verdadera significación en la realización del Estado de Derecho.

En este contexto que resurge la necesidad de pensar al saber jurídico como contención del poder punitivo por parte de los jueces, en tanto el saber penal (el discurso de los juristas) asignando una función interpretativa de las leyes penales en clave de los derechos humanos y afianzar el Estado de derecho.

No por obvio vale recordar que hace ya casi doscientos años el maestro de Pisa, Francesco Carrara, denunciaba al derecho penal que se limitaba a racionalizar cualquier decisión del poder llamándolo la *schifosa scienza*²⁴ porque su función no es legitimar las decisiones del poder sino limitarlo.

Si bien dicho contexto situacional exige el mayor esfuerzo creativo por parte de las agencias políticas y judiciales para

²⁴ Carrara, Francisco, *Vicisitudes del fundamento del derecho de castigar*, en "Opúsculos de Derecho Criminal", Vol. I, Bogotá, 2000, p. 143.

evitar que el fenómeno continúe robusteciéndose, la positivización internacional de los derechos humanos suministran una importante herramienta para que la judicatura (agencia judicial) pueda llevar a cabo una teleología reductora del poder punitivo, reduciendo así las expresiones máximas del estado de policía que late en nuestras democracias.

La labor jurídica aparece llamada a efectuar un reclamo para que las distintas agencias del sistema penal respondan al interrogante de la dirección que va a seguir la política penitenciaria actual ante la considerable tasa actual de encarcelamiento y el Covid, y sobre todo, se haga cargo del nada auspicioso destino inmediato y mediato de las personas prisionizadas, tal como señala Zaffaroni.

Volvamos entonces a los instrumentos internacionales y las recomendaciones que, en torno al coronavirus se han emitido desde prácticamente todos los organismos internacionales. La obligación de los Estados de respetar el derecho a la salud de todas las personas, pero más de aquellas sobre las que el estado tiene una especial función de garante, como en el caso de las personas prisionizadas, exige que los Estados, y sus poderes, cumplan de manera urgente con la necesidad que imponen los tiempos, cual es una razón eminentemente humanitaria.

En el caso del poder judicial ello importa un compromiso efectivo que debe quedar plasmado en las sentencias, las cuales deben dictarse en la emergencia sin la menor dilación, pues cada vida es única e irremplazable, y no es aceptable ni jerarquizar ni desvalorizar siquiera una sola vida humana.

Quien salva una vida salva el mundo dice el Talmud, no seamos cómplices silenciosos de las muertes que genera esta masacre que ya no es por goteo sino en cataratas.

Bibliografía

Carrara, Francisco (2000) “Vicisitudes del fundamento del derecho de castigar” en *Opúsculos de Derecho Criminal*. N° 1. Bogotá

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020) *Comunicado 66/2020*. En línea en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2005) “Verbitsky s/habeas corpus”. Sentencia. En línea en: <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-verbitsky-horacio-habeas-corpus-fa05000319-2005-05-03/123456789-913-0005-0ots-eupmocsollaf>
- Goffman, Erving (1994) *Internados, Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Editorial Amorrortu. Buenos Aires.
- Penal Reform International (2020) *Coronavirus. Healthcare and human rights of people in prison*. En línea en: <http://fileservr.idpc.net/library/FINAL-Briefing-Coronavirus.pdf>
- World Prison Brief (2020) *Statistical Prison Studies*. En línea en: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total/trackback?field_region_taxonomy_tid=All
- SNEEP -Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución Penal- (2018). Informe Anual. En línea en: <http://www.saij.gov.ar/docs-f/estadisticas-sneep/2018/InformeSNEEPARGENTINA2018.pdf>
- UBANEX (2018) “Perspectivas de la violencia en prisión” en *DECyT, Representaciones y perspectivas de la violencia carcelaria. Determinación de las vulnerabilidades (2018-2020)*
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2008) *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*. Editorial Ediar. Buenos Aires
- (2020) *Penas ilícitas y dogmática penal*. Ediciones del Sur. Buenos Aires.

Feminismos jurídicos y pluriculturalidad: Ensayando una visión en tiempo de pandemia

*Legal feminisms and multiculturalism:
Rehearsing a vision in times of pandemic*

Erika Silvina Bauger¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 625-677

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e437>

Recibido: 01/07/2020

Aprobado: 15/09/2020

I. Introducción

Antes de introducirnos en el tema², conviene traer aquí el pensamiento de Foucault interpretado por Femenías (2000), en

¹ Abogada, egresada con Diploma de Honor y Medalla de la UNLP. Premio “Joaquín V. González”. Auxiliar Docente con funciones de Adjunta de la Cátedra I de Derecho Internacional Privado de la FCJyS. de la UNLP. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Privado del CALP, AADI y ASADIP. Especialización en Derecho Internacional Privado Universidad de Salamanca. Becaria de investigación en Iniciación, Perfeccionamiento y Formación Superior de SECyT de la UNLP. Maestranda en Relaciones Internacionales y en Derechos Humanos de la UNLP. Estudiante de la Especialización en Docencia Universitaria de la UNLP. Coordinadora y docente del Seminario “Género y Derecho” de la Red de Profesoras de la FCJyS e integrante del Observatorio de Enseñanza del Derecho de la UNLP. ebauger@gmail.com ebauger@jursoc.unlp.edu.ar. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6207-4203>).

² El tema en análisis “Feminismos jurídicos y Pluriculturalidad”, lo doy en una de las clases del Seminario “Género y Derecho” de la Red de Profesoras de la FCJyS de la UNLP. El Seminario propone analizar, desde una perspectiva crítica, el papel desempeñado por el Derecho en la estructuración y el mantenimiento del patriarcado y el androcentrismo epistémico, para luego confrontarlo con una perspectiva de género de los derechos. Las primeras clases tratan la conformación de un sistema jurídico excluyente de las mujeres otras disidencias y luego,

torno a desarmar el argumento de la “legitimación epocal” o contextualista. Cada época determina límites de decibilidad y visibilidad. Hay enunciados que no circulan en ciertos momentos porque no hay condiciones para inteligirlos. Cada época, cada cultura establece códigos (implícitos) que rigen los esquemas perceptivos, el lenguaje, los valores y las prácticas. Pero en el caso de la opresión de las mujeres y otras identidades no hegemónicas hay una suerte de continuum histórico. Cuestiones como el binarismo, la dicotomización de lo humano en dos categorías mutuamente excluyentes, la construcción de cadenas semánticas asociadas de modo binario y la jerarquización de las categorías binarias, son un a priori histórico patriarcal. Siguiendo a Foucault (1966: 5) “Nada hay más vacilante, nada más empírico (cuando menos en apariencia) que la instauración de un orden de cosas”.³ Por esto y para revisar estas cuestiones fundantes y las trampas del “género” que muestran como “natural” aquello que es culturalmente construido y sobre las que se erigen todas las exclusiones y violencias contra las mujeres y

abordar diversas instituciones jurídicas desde un derecho emancipador y antidiscriminatorio. Entendemos la perspectiva de género como “una voluntad política por transformar el orden de géneros. Se reconoce no sólo que existe un orden de géneros, sino que además se le considera opresivo. Colocarse en la perspectiva de género implica no sólo reconocer que hay un orden social que nos divide como hombres y mujeres, que niega las mínimas igualdades democráticas a medio mundo, sino que también implica anunciar públicamente que una está en una posición contraria a la opresión de género, y cuando somos más radicales, estamos además a favor de intervenir con una voluntad activa en la construcción de alternativas no opresivas de género (Lagarde, 1996, s/d).

El Seminario atraviesa el plan de estudios de la carrera de abogacía a partir de análisis feministas de derecho, abordando los temas a partir de voces plurales compuestas por docentes de la carrera de diversas materias, que forman parte de la Red de Profesoras de la Facultad de FCJyS.

A lo largo del seminario, se estudian las herramientas tanto teóricas como prácticas, que desde las propuestas feministas y emancipadoras han puesto al Derecho al servicio de la conformación de una nueva ciudadanía, igualitaria, plural y participativa.

³ En *Las palabras y las cosas*, Foucault define “a priori histórico”: “Es lo que, en una época dada, recorta un campo posible del saber dentro de la experiencia, define el modo de ser de los objetos que aparecen en él, otorga poder teórico a la mirada cotidiana y define las condiciones en las que puede sustentarse un discurso, reconocido como verdadero, sobre las cosas” (Foucault, 1966: 158)

otras identidades no hegemónicas, revisar, recuperar y construir genealogías para nuestras luchas, resulta -para mí- fundamental.

Como sostiene Butler (1999) para las feministas que entendemos no poder prescindir de un marco normativo para mostrar la irracionalización del sistema de género-sexo (sistema que, si no se irracionaliza ni siquiera se ve: sólo se manifiesta como lo que es, como un sistema de dominación, a la mirada crítica y extrañada), pienso que todo depende del uso que se haga de la “caja de herramientas”, en que nuestro/a autor/a, modestamente, hace consistir sus aportaciones teóricas. El oprimido no puede crear desde cero un lenguaje alternativo, un discurso absolutamente otro, en el que dar forma a su experiencia: su recurso consiste en resignificar su “caja de herramientas” con una intención política.

En líneas generales, por cada discurso o tratado sosteniendo una posición de exclusión, existió una (o)posición que defendió lo contrario. El problema como decía Benjamin es quién escribe la historia y qué discursos y relatos nos llegan. Así: “...no cualquier presente puede conectarse con cualquier pasado, sino solamente con aquellos que conforman su singular genealogía o árbol de raíces específicas, también debe de ser claro que el pasado no posee nunca una “imagen ‘eterna’” y ya acabada, sino que es siempre algo vivo y abierto, algo cuyos sentidos últimos no terminan de revelarse...” (Benjamin, 2002: 55)

En esta línea de pensamiento y como plataforma política, me parece interesante recuperar algunos debates teóricos respecto al pensamiento de los filósofos griegos en la antigüedad clásica, en torno a las ideas y heterodesignaciones respecto del lugar que debían ocupar las mujeres. Obviamente, esto es un recorte grosero de la historia que traigo sólo como ejemplo del uso de la “caja de herramientas” y que merece un estudio más acabado que no es motivo de este ensayo.

Me interesa traer aquí el antecedente de educación igualitaria que propone Platón en el siglo IV a.c. donde presenta una teoría política patriarcal pero más igualitarista que la que luego

desarrollará Aristóteles.⁴ Siguiendo a Santa Cruz (1999), en la *República*, Platón presenta por primera vez de modo orgánico una teoría de justicia que constituye una concepción ideal del Estado. En el libro V ofrece una propuesta sobre las mujeres y las familias. La autora identifica tres “olas” de oposición de creciente intensidad que debe sortear Sócrates: 1. la admisión de las mujeres como guardianas; 2. la comunidad de mujeres y de hijos; 3. la practicabilidad del Estado ideal.

Platón introduce una concepción que hace consistir a la justicia en el ejercicio de la función propia, trátase del individuo o del Estado. La justicia en la polis consiste en que “cada uno debe atender a una sola de las cosas de la ciudad: a aquello para lo que su naturaleza está mejor dotada” (433a). “Hacer cada uno lo suyo y no multiplicar las actividades, eso es la justicia” (433b). La justicia requiere, pues, que cada uno se dedique, ante todo, a una única actividad y que no pretenda desplegar múltiples tareas, y, en segundo lugar, que esa única actividad sea aquella para la cual su naturaleza lo capacita. La novedad que Platón introduce es, pues, la del hacer cada uno lo suyo, frente al dar o recibir lo que a cada cual corresponde. Sin embargo, el hacer lo propio no excluye, sino que engloba el tener lo que a cada cual le corresponde; y Platón lo dice explícitamente: “tanto la posesión como la práctica de lo que a cada uno es propio será reconocida como justicia” (433e-434a). (Santa Cruz, 1999: 87).

Siguiendo el análisis de Santa Cruz (1999), al comienzo del libro V, Platón hace frente a la primera “ola” de oposición y dedica unas cuantas páginas a justificar la admisión de las mujeres en la clase de los guardianes, y la consecuente necesidad de impartir a hombres y mujeres una educación igualitaria. Parte

⁴ A la vez, estaban también los sofistas, que en la misma época denunciaban la esclavitud y la supuesta inferioridad de las mujeres. Lo mismo respecto de la defensa de la “esclavitud natural” que Aristóteles hace en la *Política*, donde el propio Aristóteles se refiere a “otros (creen) que la dominación es contra naturaleza, pues el esclavo y el libre lo son por convención, pero en nada difieren por su naturaleza” (*Política*, 1253 b 4)

de la metáfora de los perros guardianes: las hembras deben cumplir las mismas tareas que los machos, y no quedarse en sus casas, imposibilitadas por los partos y por la crianza de los cachorros; pero, para poder cumplir las mismas tareas, con la sola diferencia de que las hembras son más débiles, es preciso darles el mismo adiestramiento. “Así también, si las mujeres de los guardianes han de cumplir las mismas tareas que los varones, también ellas, análogamente, deben recibir las mismas enseñanzas -música, gimnasia y todo lo relativo a la guerra- y ser tratadas de la misma manera...”, (451d a 452d). El punto de partida es claro: si ha de asignarse a mujeres y hombres las mismas tareas, habrá que impartirles la misma educación.

Prima facie, en el ideal de justicia de Platón no existía una diferencia “de naturaleza” (*eide*) entre varones y mujeres. Para Platón, no existen funciones propias de las mujeres, sino que la virtud y la función son características de cada individuo. Ergo, las mujeres podrían ejercer iguales funciones pudiendo gobernar y participar en la política. Para Aristóteles, en cambio “en la relación entre macho y hembra, por naturaleza, uno es superior y otro inferior, uno manda y otro obedece” (*Política*, 1254 b7). La educación de las mujeres se subordina, pues, a los objetivos de la *polis* organicista, de modo que su virtud, como ya demostraremos (supra) depende de la filiación con la estructura social que la determina. La ontología aristotélica y su teoría de la justicia están diseñadas para justificar las exclusiones políticas que de hecho tenían lugar en la época (Femenías, 1988). Estaríamos ante lo llamado por Hume “falacia naturalista” que consiste en inferir el “deber ser” del “ser”.⁵

⁵ A diferencia de Platón, Aristóteles ni siquiera plantea la posibilidad de que las mujeres puedan tener algún tipo de participación política. La mujer “naturalmente” es inferior al varón y su función específica consiste en obedecer y someterse a la autoridad del oikosdespotés. En *Política* (ca. 344 a.c.) se aleja del modelo platónico de polis como “gran familia”. Separa por un lado, la familia (extensa) donde rigen los afectos, el oikos, lo privado, el varón (padre) y sus propiedades, los hijos, esposa y esclavos en una grada inferior, y una “monarquía” (donde manda uno). Por otro lado se encuentra el Estado (politeia) donde rigen la ley, la polis, lo público, el ciudadano (varones propietarios) y la “república” (hombres libres e iguales).

Este antecedente de educación igualitaria entre varones y mujeres, recibió un análisis en cuanto a las limitaciones del enfoque marcadas por Moller Okin, que sostiene que Platón en un primer momento cuestiona las costumbres de su época y logra, aunque sólo sea para la clase de los guardianes, colocar a la mujer en un lugar homólogo al de los varones. Sin embargo, aquella libertad que plantea en *La República* entra en contradicción con las regulaciones particulares estipuladas en *Las Leyes*, cuando reinstaura la categoría de “familia”. “Así, el valor de sus cuestionamientos al orden establecido queda relegado a intenciones, sin que veamos la posibilidad de aplicación práctica” (Moller Okin, 1989:45-46).

Compartimos con Piccone el siguiente razonamiento: “Más allá de la mentada debilidad de las mujeres, la afirmación es extraordinaria: hombres y mujeres poseen la misma naturaleza y, por ende, las mismas aptitudes para todas las ocupaciones, dudamos de qué siquiera en la actualidad este sea un pensamiento mayoritario” (Piccone, 2018: 140).

No obstante estas críticas, me parece valioso y no sólo placer erudito recuperar estos debates conceptuales respecto a los filósofos griegos y reconstruir la historia con una intencionalidad. En concreto, la reconstrucción teórica nos permite visibilizar los límites de las teorías que han pasado el canon y cómo se fueron construyendo estas antinomias que colocan a las mujeres, hijes, y otras identidades no hegemónicas en un lugar de subordinación. Construir genealogías nos sirven como plataforma de acción para una variedad de trabajos en nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, pero deconstruidas a la luz de estos desarrollos.

En suma y siguiendo a Olsen (1990):

Desde el surgimiento del pensamiento liberal clásico, y tal vez desde los tiempos de Platón, nuestro pensamiento se ha estructurado en torno de series complejas de dualismos o pares opuestos: racional/irracional, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, abstracto/

concreto, universal/particular. Estos pares duales dividen las cosas en esferas contrastantes o polos opuestos. Tres características de este sistema de dualismos resultan importantes para la discusión que sigue. Primero, los dualismos están sexualizados. Una mitad de cada dualismo se considera masculina y la otra mitad, femenina. En cada par, el término identificado como “masculino” es privilegiado como superior, mientras que el otro es considerado como negativo, corrupto o inferior. Y tercero, el derecho se identifica con el lado “masculino” de los dualismos. (Olsen, 1990:1).

Siguiendo estos lineamientos, cabe hacernos algunas preguntas que funcionarán como disparadores: ¿cuándo surge el movimiento feminista? ¿Qué características tiene? ¿Son valiosas las genealogías del feminismo elaboradas desde los países centrales para comprender este movimiento social? ¿Existe un feminismo o distintos tipos de feminismos jurídicos?

Siguiendo a Freedman (2004), compartimos que el feminismo o los feminismos constituyen una praxis emancipadora de las mujeres y las personas disidentes de la heteronormatividad. La autora sostiene que no se puede hablar de feminismo en un sentido unitario y que resulta pretensioso esperar responder en forma unívoca la pregunta respecto de ¿qué es el feminismo? El vocablo encierra una pluralidad de sentidos en los que identificamos sustratos comunes: la vocación por develar la subordinación a la que hemos sido sometidas históricamente las mujeres, la discriminación que sufrimos a partir de nuestra condición y la lucha por construir sociedades y sistemas políticos que logren erradicar estas discriminaciones (Freedman, 2004: 16).

Dentro de su heterogeneidad, muchas autoras utilizan el término “olas”, como metáfora para señalar los hitos en la evolución de los movimientos feministas. Así, el hilo conductor de cada etapa propuesta la constituyen las reivindicaciones y demandas de inclusión ciudadana y de acceso a derechos de las mujeres y las herramientas conceptuales y analíticas que éstas han elaborado para evidenciar las exclusiones y fundamentar sus

derechos. No obstante, y como más adelante veremos, desde una epistemología decolonial o subalterna se han cuestionado estas “olas”, sosteniendo que existe un activismo fuera de las mismas. La periodización entonces, no será universal sino contextualizada en Europa y Estados Unidos y en los tiempos de esos espacios, y no debemos trasladarla automáticamente a Latinoamérica y a Argentina. Es decir, es imposible pensar en crear una única línea de tiempo, una historia del feminismo universal, ya que por ejemplo, en América Latina y en nuestro país, la década del setenta –y que en apariencia correspondería a la “segunda ola” del feminismo-, se vio limitada por las dictaduras militares.

Efectuada esta advertencia y siguiendo a Costa Wegsman (2011), los feminismos jurídicos se pueden situar históricamente en la década de los setenta en los Estados Unidos como articulación de los activismos feministas y en sus diversas manifestaciones teóricas: liberales, marxistas, radicales, poscoloniales, postmodernas, entre otras, que generaron distintas estrategias de acción. Asimismo, originaron heterogéneas recepciones en los campos disciplinares como la filosofía, la sociología y la política, conectados también a problemas en torno a casos judiciales y atravesando agendas políticas diferentes según el contexto institucional. Es decir, no podemos hablar de un sólo tipo de feminismo jurídico sino de varios que plantean perspectivas de trabajo situadas en los distintos contextos y ancladas en necesidades específicas de las mujeres y otras identidades no hegemónicas LGTBIQ (Lesbianas, Gays, Trans, Bisexuales, Intersexuales, Queer)⁶.

Durante el Siglo XX emerge una amplia tradición que comprende al Derecho no sólo en su función social sino también

⁶ En los noventa crearon un movimiento apropiándose de la palabra “queer” y convirtiéndola en aquella que identificara un nuevo movimiento en el que el sexo y el género estuvieran en eterna construcción y transformación. Estas personas sintieron que muchos gays y lesbianas querían imitar el modelo de familia heterosexual estadounidense. “El término será cuestionado, remodelado y considerado obsoleto en la medida en que no ceda a las demandas que se oponen a él precisamente a causa de las exclusiones que lo movilizan”, sostiene Judith Butler, una de las madres de este movimiento, en su ensayo “Acerca del término queer”.

como un fenómeno social. Los feminismos jurídicos pueden ubicarse en esta tradición, aunque, previamente a la conformación del campo, los feminismos en sus múltiples expresiones anticiparon dicho enfoque crítico. Se trata de una particular comprensión del Derecho y las estructuras jurídicas modernas, que genera a su vez nuevas claves de lectura de la normativa legal. La comprensión del Derecho como un fenómeno que excede la pura normativa jurídica y se encuentra indisolublemente asociado a lo social, lo cultural y lo político, se advierte en los desarrollos teóricos elaborados por mujeres a partir de la modernidad. El panorama abierto no siguió una única lógica ya que aparecieron múltiples ramas que se combinaron, entremezclaron, mantuvieron fieles a sus orígenes o los contrariaron y criticaron radicalmente (Costa Wegsman, 2011).

II. Feminismos jurídicos. Diferentes tendencias u “olas”

Delimitar las olas o tendencias feministas a partir de las demandas de inclusión ciudadana de las mujeres –luchas por acceder a los mismos derechos que los varones– y de las demandas de ampliación de derechos de los feminismos –conquistar y hacer efectivos esos y otros derechos a partir de claves conceptuales propias que no están presentes en leyes e instituciones tradicionales–, nos permite esclarecer las cuestiones centrales de cada período. Estos procesos y estas demandas, adquieren características particulares y tiempos propios en diversos contextos y culturas, manifestándose a ritmos desiguales.

Por eso, efectuaré un breve recorrido sobre las diferentes “olas”, como una manera de reunir el pensamiento feminista en grandes etapas y destacar dentro de la heterogeneidad de los movimientos, epicentros conceptuales y reivindicaciones que describen una época. Estas etapas u “olas” están interconectadas entre sí.

Siguiendo a Biswas:

Referirnos a olas implica considerar las diferentes tendencias y ramas de un mismo movimiento. Lo que caracteriza

a una y a otra son usualmente diferencias de opinión o interpretación de una idea. De cualquier manera, todas las olas deben de mantener ciertos preceptos. En el caso de las feministas, aunque algunas sean seguidoras de la segunda y otras se inclinen más por la tercera ola, todas –y todos– luchan por dar poder a las mujeres y conseguir una posición social igual a la de los hombres y por lograr la participación femenina en la toma de decisiones, sean éstas en el ámbito público o privado. (Biswas, 2004: 70)

La primera ola del feminismo suele ubicar sus gérmenes en el pensamiento ilustrado de las mujeres del siglo de las luces y se extiende hacia el final de los años cuarenta del siglo XX, cuando las mujeres de la mayoría de los países occidentales ya contaban con el derecho a votar.⁷ Así nos encontramos con la demanda de incorporación a la ciudadanía y al sufragio en la primera ola.⁸ Partimos, entonces, de la noción “moderna” de sujeto y de las críticas al contractualismo para, luego de examinar las Declaraciones de Derechos vinculadas a la Ilustración, pasar a revisar las críticas más importantes a los modelos liberales y marxista. Un punto de partida será la obra crítica de Simone de Beauvoir y sus seguidoras.

⁷ En Argentina, la lucha de las mujeres por obtener el sufragio y por participar en los espacios de decisión política fue y sigue siendo ardua. La ley de sufragio se promulgó en 1947 (Giddens, 1999: 450). Sólo en Nueva Zelanda el sufragio se conquistó en el siglo XIX (1893). En los primeros años del siglo XX se logró el acceso al voto en Australia y los países de la península escandinava. En el marco de la Revolución Rusa (en lo que llegaría a ser la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas), fue aprobado en 1917. Finalizada la Gran Guerra, llegó el turno de Austria, Alemania, Holanda, Polonia, Suecia, Luxemburgo y Checoslovaquia entre otros países. Por la misma época en Estados Unidos (1920) y bastante después Gran Bretaña (1928). Ecuador es pionero en Latinoamérica (1929) seguido de Brasil y Cuba en 1934. Otros países europeos reconocieron el derecho al sufragio femenino a partir del final de la Segunda Guerra Mundial: Francia, Hungría, Italia, Japón, Yugoslavia y Bolivia.

⁸ Recomiendo ver el documental: *Sufragistas. Pioneras de las luchas feministas* - Canal Encuentro, que muestra las luchas por la participación política y en la vida social que llevaron a cabo exponentes argentinas de la primera ola: Julieta Lanteri, Cecilia Grierson, Elvira Rawson, Alicia Moreau de Justo, Carolina Muzzilli, Virginia Bolten, Salvadora Medina Onrubia, Alfonsina Storni, Enriqueta Lucero, entre otras. Disponibles en: <https://www.youtube.com/watch?v=9Bwcemo-cjY&t=210s>. <https://www.youtube.com/watch?v=1hJFFiKGCy8>. <https://www.youtube.com/watch?v=UMTlh5Jb70>.

Una segunda ola, aspira a la participación en los campos de toma de decisión por parte de las mujeres, así como también, un control más amplio sobre algunos asuntos privados como la igualdad sexual y el aborto. Se acuña el concepto de patriarcado y la ruptura de la frontera entre el espacio público y privado que forma parte de la concepción política feminista en la segunda ola.

La tercera ola, es la que pretende conseguir “un enfoque más perspicaz en los asuntos concernientes a las zozobras femeninas por medio del estudio de las particularidades de cada grupo y la exaltación de la diversidad cultural, social, religiosa, racial y sexual” (Biswas, 2004: 66). Aquí se requiere el abordaje de las diferencias entre las femineidades a partir de la década de los ochenta. Se comienza a problematizar no sólo las marcas de la “diferencia sexual” en vinculación con las “políticas de la identidad”, sino también otras diferencias como los entrecruzamientos de etnorazas o de religiones (Femenías, 2000). Nos interesa mostrar cómo el problema de “la identidad” desemboca en un conjunto complejo de intersecciones que, al menos, obliga a replantear nuevamente la cuestión del “sujeto” (incluido el “sujeto” de derecho) y, consecuentemente, de los modos de plantear el conjunto de reclamos y limitaciones vinculados. Aquí se va a discutir la compleja categoría de género y la pluralidad de sujetos del feminismo que caracterizan a la tercera ola y el concepto de interseccionalidad.

En la era de las redes sociales, el ciberfeminismo, la viralidad y los “hashtags”, el movimiento feminista no ha esperado a las historiadoras para proclamar que estamos viviendo una cuarta ola. Llegó cuando logró el objetivo de desbordar las convocatorias de huelgas en los 8 de marzo de 2018, 2019 y 2020. La cuarta ola -considerada como continuación histórica de las olas precedentes-, se perfila en la actualidad como un movimiento de carácter internacional de reacción unánime frente a la violencia patriarcal, incluyendo el feminicidio y la falta de reconocimiento de los Derechos Humanos de las mujeres y otras disidencias en los diversos ámbitos en las sociedades

a nivel mundial. Su manifestación reivindicativa es a través de convocatorias a nivel nacional e internacional con importantes manifestaciones en las calles. La periodista argentina Florencia Alcaraz, del colectivo #Ni Una Menos, iniciado en 2015 y que logró convocar una manifestación masiva en Buenos Aires contra los feminicidios, señala la vinculación del feminismo a los movimientos sociales en esta ola. Afirma que “Es un feminismo popular, que se construye de abajo hacia arriba, que tiene un componente muy vinculado a los movimientos sociales y que habilita a muchas más a ser feministas” (...) “Se corrieron los márgenes y los límites y el feminismo logró llegar a muchísimas más mujeres” (Alcaraz, 2017)

Esta ola no sólo se articula en las calles sino también a través de la creación de contenidos audiovisuales y escritos de carácter filosófico, político, económico, social, ecológico y cultural -académicos o no-, y de la difusión de los mismos a través de las redes sociales y los medios de comunicación tradicionales.⁹

Como colofón a esta primera parte, podemos señalar que los aportes de las distintas olas feministas se encuentran interrelacionados entre sí y hoy asistimos al reclamo del avance en la agenda inconclusa de la paridad y la defensa de los derechos de las mujeres como Derechos Humanos. En otras palabras, la traducción moral y jurídica del universalismo interactivo tiene como terreno privilegiado, el ámbito de los Derechos Humanos, y ello no es producto del azar. Diversas variables intervinientes inciden en tal realidad. Entre las mismas corresponde destacar muy especialmente el desarrollo de los medios de comunicación internacional -que permiten volúmenes cada vez más

⁹ Rosa Cobo sostiene que esta ola se erige para enfrentar el desarrollo de un neoliberalismo caracterizado por frenar los avances legislativos y de políticas públicas encaminados a conseguir la igualdad de derechos para las mujeres (Cobo, 2015).

En suma, esta oleada se configura como una respuesta socio-política, filosófica, económica y cultural que se suma al movimiento asociativo generando espacios que invitan a reflexionar, debatir y proponer soluciones prácticas y medidas legislativas que protejan la igualdad de las mujeres, sus derechos fundamentales y ayuden a erradicar la violencia machista en todas sus manifestaciones a nivel global (Mastrodoménico, 2018).

significativos de interacción de personas- así como la creciente flexibilización de las fronteras nacionales, consecuencia de procesos de integración e interrelación entre los Estados, no sólo a nivel regional, sino también en el ámbito global.

En concreto, en la discusión feminista transnacional, el gran debate hoy reside en la exigencia de muchas feministas del Sur de un compromiso antineoliberal de las feministas del Norte, así como que enfatizen la autocrítica cultural frente al uso sensacionalista de la situación de las mujeres en países del llamado Tercer Mundo y del mundo árabe-islámico (Guerra Palmero, 2010). Este panorama nos exige elaborar una agenda feminista global acorde con sus exigencias. Los movimientos queer ponen en cuestión fronteras entre los géneros, llevando a debate este mismo concepto; en los países que han sufrido la colonización de Occidente se genera un feminismo con modulaciones propias, el “feminismo poscolonial”; los ecofeminismos dan forma a la convergencia de ciertas perspectivas feministas y la problemática ecológica; la feminización de los “flujos migratorios” vuelve apremiante contrastar los Derechos Humanos de las mujeres con el fenómeno de la multinacionalidad (Amorós, 2005). Nuestro acceso a las tecnologías de la información y comunicación -especialmente en estos tiempos de pandemia- y lo que se ha denominado ciberfeminismo, nos involucra en alianzas con nuevos sujetos/as emergentes y las nuevas relaciones entre capital y trabajo en la era global están implantando un nuevo orden del género. De tal forma, la teoría feminista se está cargando a sus espaldas numerosos y variados temas de reflexión y deconstrucción.

II.1. Tercera ola: feminismos jurídicos de las particularidades culturales, sociales, religiosas, raciales y sexuales

Los debates acerca de la relación entre la pluriculturalidad y los feminismos jurídicos sólo pudieron plantearse a partir de lo que se denomina la “tercera ola feminista”, que aparece hacia mediados de los años ochenta y parte del cuestionamiento acerca de qué significa ser “mujer”, en virtud de la pluralidad de

mujeres en contextos fácticos, culturales, políticos y económicos diversos y enfrentadas a distintas problemáticas (Bauger, 2019).

Dentro de los feminismos jurídicos de las particularidades culturales, sociales, religiosas, raciales y sexuales, retomar la pregunta de Susan Moller Okin (1999) respecto a “¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres?” planteada como disparador al inicio de este ensayo, se justifica para analizar las posiciones de los feminismos jurídicos argentinos en el caso “Fabián Ruiz”¹⁰. La pregunta en este marco está relacionada aquí, con el lugar que ocupan las suposiciones acerca de la identidad cultural en esta lógica universal de los Derechos Humanos y la vinculación de esa lógica identitaria con la situación subordinada de las mujeres y otras identidades contrahegemónicas¹¹ dentro de la realidad cultural que esta lógica revela.

La unicidad de la mujer normativa no se corresponde con las diferencias y con las desigualdades entre las mujeres. La posibilidad de incorporar la perspectiva de las mujeres en el derecho se confronta con las experiencias de otras mujeres que son invisibilizadas mediante la pretendida universalidad de la mujer en la letra de la ley. Las figuras jurídicas procuran referir a un conjunto que es siempre diverso y dinámico. Mediante la figura normativa de mujer, el discurso jurídico ocluye a todas aquellas que no concuerdan con esa figura normativa (Lerussi y Costa, 2018: 10).

Nancy Fraser¹² señala que en Estados Unidos los debates feministas sobre la diferencia han atravesado, a grandes rasgos,

¹⁰ CJS, “C/C Ruiz, José Fabián s/Recurso de Casación”. (Expte. N° CJS 28.526/06).

¹¹ El concepto de contrahegemonía tiene su matriz en el concepto de hegemonía desarrollado principalmente por Antonio Gramsci (1891– 1937), para quién en las condiciones del estado moderno una clase mantiene su dominio no simplemente mediante una organización especial de la fuerza, sino porque es capaz de ir mas allá de sus intereses estrechos y corporativos, de ejercer un liderazgo moral e intelectual y de realizar compromisos con una variedad de aliados que se unifican en un bloque popular. En: Francisco Hidalgo Flor (Universidad Central del Ecuador). Diccionario de pensamiento alternativo. Disponible en: <http://www.cecies.org/articulo.asp?id=167>

¹² Nancy Fraser (Baltimore, 20 de mayo de 1947) es una filósofa política, intelectual pública y feminista estadounidense. Ha ejercido como profesora de ciencias políticas y sociales. En

dos fases. En la primera que duró desde finales de los años sesenta hasta mediados de los ochenta aproximadamente, la atención se centraba en la “diferencia de género”. En la segunda fase, que va más o menos desde mediados de los ochenta hasta el presente, el interés se ha trasladado a las “diferencias entre mujeres”¹³. Las principales corrientes feministas habían rechazado la idea de que la diferencia entre géneros pudiese ser provechosamente discutida si se la aislaba de los ejes de diferencia “raza”, etnicidad, sexualidad y clase. Y de este modo, el debate en torno a la igualdad/diferencia sufría un desplazamiento. Se inauguraba así, una nueva ola feminista centrada en las “diferencias entre mujeres”. El cambio en Estados Unidos se debió a la influencia, según la autora, de lesbianas y feministas de color, que durante muchos años habían criticado las formas de feminismo que no conseguían iluminar sus vidas ni expresar sus problemas. Las mujeres afroamericanas, por ejemplo, habían invocado su historia de esclavitud, resistencia, trabajo asalariado y activismo comunitario para oponerse a la idea

la actualidad es profesora de filosofía en The New School en Nueva York. Es ampliamente conocida por sus críticas y contribuciones teóricas en el ámbito de la filosofía política, especialmente es cuestiones de política de la identidad, sobre el constructo de justicia social y la teoría feminista.

¹³ La tesis de Fraser consiste en reconstruir la historia de los debates feministas sobre la diferencia en Estados Unidos con el fin de mostrar cómo y dónde surgen los problemas que en la actualidad se nos plantean. Y donde ello sea posible, la autora sugiere las formas de enfrentarlos. Desarrolla las ideas centrales del feminismo de la igualdad (primera ola) y el feminismo de la diferencia (de segunda ola), hasta llegar a la década de los noventa donde el contexto estadounidense había cambiado de un modo radical de modo que las perspectivas de los feminismos anteriores debían ser planteados, en otros términos. La corriente principal del feminismo norteamericano privilegiaba el punto de vista de las mujeres blancas, anglosajonas, heterosexuales y de clase media que habían dominado el movimiento durante tanto tiempo y a partir de cuyas experiencias y condiciones de vida extraía conclusiones inapropiadas, e incluso perjudiciales, para otras mujeres. De esta manera, el mismo movimiento que pretendía liberar a las mujeres terminaba reproduciendo dentro de sus mismas filas las tendencias racistas y heterosexistas, las jerarquías de clase y los prejuicios étnicos que eran endémicos en la sociedad de Estados Unidos. Estas voces relegadas al principio a las márgenes del feminismo norteamericano, a finales de los ochenta pasaron en palabras de Bell Hooks “de (la) periferia a(l) centro” de la discusión. El movimiento feminista había estado tan preocupado por la diferencia de género que había descuidado las diferencias entre mujeres.

de que la dependencia de la mujer respecto al hombre y su confinamiento al ámbito doméstico eran hechos universales. Mientras tanto las feministas latinas, judías, americanas nativas, y oriundas de Asia habían criticado la referencia implícita a las mujeres blancas anglosajonas en muchos textos de las principales corrientes del feminismo. Las lesbianas habían desenmascarado en muchos análisis feministas clásicos de la maternidad, la sexualidad, la identidad genérica y la reproducción referencias a una heterosexualidad elevada a norma (Fraser, 1995: 41).

Según Biswas (2004) es necesario establecer una nueva ola feminista con el propósito de responder a la situación global y a los diferentes rasgos que hacen de cada comunidad algo único y que, por lo tanto, provocan diferentes reacciones ante ciertos acontecimientos e ideologías. Esta nueva ola surge como resultado de las particularidades religiosas, culturales, educativas, políticas y fisonómicas en el interior de los movimientos feministas. “Los cambios culturales y sociales que han tenido lugar en el mundo han formado y transformado nuestra percepción de quienes somos, qué queremos y cuándo es que lo queremos (...)” (Biswas, 2004: 69). Mujeres latinoamericanas, mujeres negras y provenientes de sectores económicos desfavorecidos comenzaron a revolucionar la manera en la que podían convertirse en feministas y activistas de su propia causa. Mujeres provenientes de países pobres, de diversas clases sociales, pertenecientes a religiones, culturas y formación educativa disímiles no se precipitaron ni se precipitan a las calles demandando igualdad, porque el tipo de igualdad que estaban y están buscando es diferente a la perseguida por las feministas europeas o norteamericanas. Estas mujeres necesitan combatir primero la pobreza, la discriminación, la injusticia social y la marginación, al tiempo que puedan tener acceso a los sistemas educativos, a los sistemas de salud y de seguridad social. Estos grupos tienen que luchar contra la violencia doméstica, el abuso sexual y la mutilación de órganos genitales. “Y una vez que hayan logrado lo anterior, todas las mujeres (...) serán más libres y el feminismo, o al menos su precepto

básico por la igualdad, se habrá convertido parcialmente en realidad” (Biswas, 2004: 69).

En esta tercera oleada, que llamamos feminismos de las particularidades, se comienza a analizar críticamente el concepto femenino, siendo que algunas teorías van más allá del término “mujer/mujeres” para considerar otras identidades “feminizadas” como las identidades “trans”.

*II.1.1. El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*¹⁴

En esta tercera ola se puede ubicar a Judith Butler, con su teoría performativa del sexo y la sexualidad. Siguiendo a Salih, (2002), tradicionalmente, el construccionismo social ya nos hablaba de la construcción del género, es decir, que las categorías femenino y masculino, o lo que es lo mismo, los roles de género son construcciones sociales y no roles naturales. Pero Butler sobrepasa el género y afirma que el sexo y la sexualidad lejos de ser algo natural son, como el género, algo construido. La autora llega a esta afirmación basándose en las teorías de Foucault¹⁵, Freud y Lacan. De este último, toma la categoría “forcluido”, como aquellas posiciones sexuales que suponen un trauma el ocuparlas; y ante el miedo a habitar alguna de éstas, el individuo se posiciona en una heterosexualidad falocéntrica, es decir, una heterosexualidad regida por la normativa del imperialismo heterosexual masculino en la que asumir la sexualidad hetero implica asumir un sexo determinado.

¹⁴ Judith Butler nació en Cleveland, Estados Unidos el 24 de febrero de 1956, es una filósofa post-estructuralista que ha realizado importantes aportes en el campo del feminismo, la teoría queer, la filosofía política y la ética. Su obra más conocida es *El Género en disputa. Feminismo y la subversión de la identidad* (1990) y *Cuerpos que importan. El límite discursivo del sexo* (1993), describen lo que hoy se conoce como teoría queer.

¹⁵ Principalmente: Foucault, Michel (1982). *Historia de la sexualidad 1. La voluntad del saber*. México: Siglo XXI. Y Foucault, Michel (1981). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI.

En su obra fundadora de la teoría queer, la autora llama a cuestionar la categoría del sujeto en una crítica genealógica que analiza las condiciones de los sujetos emergentes en el discurso.

Considerar que las categorías fundacionales del sexo, el género y el deseo son efectos de una formación específica del poder requiere una forma de cuestionamiento crítico que Foucault, reformulando a Nietzsche, denomina “genealogía”. La crítica genealógica se niega a buscar los orígenes del género, la verdad interna del deseo femenino, una identidad sexual verdadera que la represión ha mantenido enterrada; la genealogía indaga sobre los intereses políticos que hay que señalar como *origen* y *causa* de las categorías de identidad que, de hecho, son los *efectos* de instituciones, prácticas y razonamientos de origen diverso y difuso. La labor de este cuestionamiento es centrar –y des- centrar- esas instituciones definitorias: el falogocentrismo y la heterosexualidad obligatoria. (Butler, 1999: 37-38).

A partir de Butler entonces, el género ya no va a ser la expresión de un ser interior o la interpretación de un sexo que estaba en la persona antes del género. El género para Butler es una construcción social, una serie de discursos que rigen una normatividad dentro de la sexualidad donde no hay acceso directo a la materialidad del cuerpo, el acceso es a través de un imaginario social, sólo se puede acceder a la “verdad” del cuerpo a través de los discursos, las prácticas y las normas que afirman en ese imaginario social, la existencia de un “sexo natural” organizado en una concepción binaria “varón/mujer” con lugares antagónicos y complementarios. Esta concepción creada y construida culturalmente constituye para la autora –siguiendo a Foucault- un dispositivo mediante el cual el género se ha estabilizado dentro de la matriz heterosexual que caracteriza a nuestras sociedades.

Butler en su libro realiza revisiones críticas de las teorías de los feminismos esencialistas de segunda ola, para pasar a hablar de identidades nómadas frente a aquellas fijas, así como para plantear nuevas formas de habitabilidad de los cuerpos en la paradoja que se crea entre lo que es la capacidad de acción del

individuo y su formación y dependencia con respecto al poder. En la sección “inscripciones corporales, subversiones performativas”, basándose en lo señalado por Foucault en *Vigilar y Castigar* y en *Historia de la sexualidad 1*, plantea que el límite y la superficie de los cuerpos están contruidos políticamente.

No se debería decir que el alma es una ilusión, o un efecto ideológico. Pero sí que existe, que tiene una realidad, que está creada de manera perpetua en torno, en la superficie y en el interior del cuerpo por el funcionamiento de un poder que se impone sobre aquellos a quienes se castiga. (Foucault, 1981: 36)

En definitiva, la autora propone desnaturalizar los conceptos de sexo, género, deseo y sexualidad por ser construcciones culturales de normas que reprimen y disciplinan a aquellos sujetos que no participan de las mismas. Para ello, formula como estrategia para desnaturalizar y otorgar un significado nuevo a las categorías corporales, explicar y proponer un conjunto de prácticas paródicas fundada en una teoría performativa de los actos de género que tergiversan las categorías del cuerpo, el sexo, el género y la sexualidad y que hacen que éstas adquieran nuevos significados y se multipliquen subversivamente más allá del marco binario (Butler, 1999). Para subvertir los conceptos que oprimen al individuo, la autora propone la creación de actos performativos en torno a la identidad, es decir, una serie de prácticas imitadoras con base en su teoría performativa que acaban creando nuevos significados y se reproducen más allá de cualquier sistema binario.

En esta idea de la performatividad, resulta más atinado referirse a los géneros en plural, inscribiéndose las identidades “trans” que van más allá de cualquier género, exigiendo deconstruir la matriz heteronormativa pretendida como natural y a través de la cual se imponen estereotipos de género considerados “normales”.¹⁶

¹⁶ No es una novedad que la rígida división en sólo dos géneros no se corresponde con la realidad. Sin embargo, por ejemplo, las leyes en la mayoría de países del mundo ignoran que

En el primer capítulo, titulado “Sujetos de sexo/género/deseo”, emprende la tarea de reconsiderar el estado de “la mujer” como el sujeto político del feminismo, examinar críticamente la distinción entre sexo y género y entender el fallogocentrismo y la heterosexualidad obligatoria como regímenes de poder y discurso.

La autora empieza su argumentación en este capítulo discutiendo una de las premisas fundamentales de gran parte de la teoría feminista: que existe una identidad y un sujeto que requiere representación política y lingüística. En este sentido, cabe preguntarse si tiene sentido pensar en un sujeto previo al ejercicio mismo de la representación. Butler argumenta que la categoría “mujer”, e incluso su plural “mujeres”, son términos problemáticos y fallidos, que se complican al pensar las superposiciones con otros aspectos de la identidad como la clase, la raza, la sexualidad, la etnicidad, entre otros. Asimismo, Butler nota que la universalidad que presume el querer estructurar las políticas feministas por medio de un sujeto unívoco y permanente deviene en la universalidad asumida del sistema patriarcal, borrando de esta forma las particularidades de las relaciones de poder mediadas por el género en diversidad de tiempos y contextos culturales específicos.

Butler sostiene que la afirmación de un patriarcado universal ha perdido credibilidad, la noción de un concepto generalmente compartido de las “mujeres”, la conclusión de aquel marco, ha sido mucho más difícil de derribar. Desde luego, ha habido numerosos debates al respecto.

¿Comparten las «mujeres» algún elemento que sea anterior a su opresión, o bien las «mujeres» comparten un vínculo únicamente como resultado de su opresión? ¿Existe una

algunos niñxs intersexuales son sometidos a operaciones forzadas. Algunas sociedades están avanzando en el reconocimiento de los derechos de las personas reconociendo un “tercer sexo” o “género neutro”. Alemania, Francia, Suecia Australia, Nueva Zelanda, Nepal, Pakistán, Bangladesh, India, Canadá, Malta y Kenia y en algunos estados de los Estados Unidos como California donde se emiten licencias de conducir no binarias “X”. Disponible en: <https://www.dw.com/es/en-estos-pa%C3%ADses-se-reconoce-el-tercer-g%C3%A9nero/a-41306656> . En mi opinión, debería desaparecer la categoría “sexo” en todos los documentos públicos.

especificidad en las culturas de las mujeres que no dependa de su subordinación por parte de las culturas masculinistas hegemónicas? ¿Están siempre contraindicadas la especificidad y la integridad de las prácticas culturales o lingüísticas de las mujeres y, por tanto, dentro de los límites de alguna formación cultural más dominante? ¿Hay una región de lo «específicamente femenino», que se distinga de lo masculino como tal y se acepte en su diferencia por una universalidad de las «mujeres» no marcada y, por consiguiente, supuesta? La oposición binaria masculino/femenino no sólo es el marco exclusivo en el que puede aceptarse esa especificidad, sino que de cualquier otra forma la «especificidad» de lo femenino, una vez más, se descontextualiza completamente y se aleja analítica y políticamente de la constitución de clase, raza, etnia y otros ejes de relaciones de poder que conforman la «identidad» y hacen que la noción concreta de identidad sea errónea. (Butler, 1999: 50).

La intención de Butler aquí, es argumentar que las limitaciones del discurso de representación en el que participa el sujeto del feminismo socavan sus supuestas universalidad y unidad. De hecho, la reiteración prematura en un sujeto estable del feminismo provoca inevitablemente un gran rechazo para admitir la categoría. Estos campos de exclusión ponen de manifiesto las consecuencias coercitivas y reguladoras de esa construcción, aunque ésta se haya llevado a cabo con objetivos de emancipación. En realidad, la división en el seno del feminismo y la oposición paradójica a él por parte de las “mujeres” a quienes dice representar, muestran los límites necesarios de las políticas de identidad. La noción de que el feminismo puede encontrar una representación más extensa de un sujeto que el mismo feminismo construye, tiene como consecuencia para Butler, que los objetivos feministas podrían frustrarse si no tienen en cuenta los poderes constitutivos de lo que afirman representar. Este problema se agrava si se recurre a la categoría de la mujer sólo con finalidad “estratégica”, porque las estrategias tienen -para la autora- significados que sobrepasan los objetivos para

los que fueron creadas. En este caso, “la exclusión en sí puede definirse como un significado no intencional, pero con consecuencias, pues cuando se amolda a la exigencia de la política de representación de que el feminismo plantee un sujeto estable, ese feminismo se arriesga a que se lo acuse de tergiversaciones inexcusables” (Bulter, 1999: 51).

II.1.2. *Mujeres, raza y clase*¹⁷

Dentro de la tercera ola, se ubica la teoría y la acción de Angela Davis. Exponente del feminismo negro en Estados Unidos, en su obra trata de develar las causas que llevaron a que las reivindicaciones de las mujeres negras fueran sistemáticamente invisibilizadas¹⁸.

¹⁷ Los trece ensayos que componen *Mujeres, raza y clase* son: 1. El legado de la esclavitud: modelos para una nueva feminidad. 2. El movimiento antiesclavista y el nacimiento de los derechos de las mujeres. 3. La clase y la raza en los albores de la campaña por los derechos de las mujeres. 4. El racismo en el movimiento sufragista de las mujeres. 5. El significado de la emancipación para las mujeres negras. 6. Educación y liberación desde la perspectiva de las mujeres negras. 7. El sufragio femenino a comienzos del siglo XX: la progresiva influencia del racismo. 8. Las mujeres negras y el movimiento de los clubes. 9. Mujeres obreras, mujeres negras y la historia del movimiento sufragista. 10. Mujeres comunistas. 11. Violación, racismo y el mito del violador negro. 12. Racismo, control de la natalidad y derechos reproductivos. 13. El trabajo doméstico toca su fin: una perspectiva de clase. En ellos recorre los mitos, las presencias y las ausencias de la historia de las mujeres negras en Estados Unidos y la necesidad de dar visibilidad a las demandas no mayoritarias para poder seguir avanzando en el terreno teórico y en el práctico. La autora desmonta el mito del violador negro y explica que “fue una invención claramente política”, propaganda construida con el fin de consolidar y justificar los linchamientos, como método de ‘contrainsurgencia’ destinado a evitar que los negros alcanzaran sus derechos.

¹⁸ Angela Davis nació en Birmingham, Alabama, Estados Unidos el 26 de enero de 1944. Es una filósofa, política marxista, activista afroamericana antirracista y feminista, y profesora del Departamento de Historia de la Conciencia en la Universidad de California en Santa Cruz de Estados Unidos. En 1969 fue expulsada de la Universidad de California, donde impartía clases de Filosofía como profesora auxiliar (habiendo sido alumna de Herbert Marcuse) al descubrirse su afiliación al Partido Comunista de Estados Unidos. Estuvo relacionada con el movimiento Panteras Negras. Se vio también involucrada en el caso de “Los hermanos de Soledad”, por el cual fue acusada de asesinato y secuestro en 1972. Este caso alcanzó repercusión mundial, lo que impidió su condena. Quedó absuelta en 1973. En 1974 pasó a formar parte del Comité Central del Partido Comunista de los Estados Unidos. En 1976, tras publicar su autobiografía, regresó a la enseñanza. Años más tarde, en 1984, presentó junto a

La importancia política del libro *Mujeres, raza y clase* se destaca porque articula una triple perspectiva en la lucha por combatir la exclusión racial, de género y de clase.

En su libro se pregunta por qué las reivindicaciones de las mujeres negras a lo largo de la historia del feminismo han sido sistemáticamente invisibilizadas, siendo Estados Unidos la cuna de las luchas feministas en el siglo XX. A través de una genealogía por distintos hitos y movimientos políticos, analiza las estrategias de lucha de las mujeres negras. Los principales reclamos de Angela Davis son: la necesidad de estudiar el papel de las mujeres negras norteamericanas separado de las mujeres en general, sobre todo de la visión dominante de la mujer blanca urbana de clase media, y la necesidad de dar visibilidad a preocupaciones específicas de grupos particulares dentro del contexto cultural y económico dominante.

La autora desmantela el discurso totalizador y patriarcal no sólo para contar algunos acontecimientos históricos de la emancipación de las mujeres, sino para hacerlo desde la perspectiva de una mujer, negra y comunista. ¿Qué significa entonces, ser mujer, ser negra, ser comunista? Señala que la situación de las mujeres negras en Estados Unidos sólo puede entenderse si se la contempla dentro del contexto de la población negra en general y su lucha contra el esclavismo.

Davis recorre las luchas feministas norteamericanas desde principios del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, pasando por los roles de las mujeres negras esclavas, hasta los roles y realidades de las modernas mujeres negras debilitadas e invisibilizadas por el sistema patriarcal y capitalista, pero también por los movimientos feministas predominantes, centrados en las realidades de las mujeres blancas y burguesas. La autora reivindica así, los errores del movimiento feminista dominante al olvidar las exclusiones y las opresiones étnicas, económicas y sexuales,

Gus Hall, el entonces líder del Communist Party USA, su candidatura a la vicepresidencia de su país. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=1zBDpGI9RTw>; <https://www.youtube.com/watch?v=6JRHu5eYQJQ>; <https://www.youtube.com/watch?v=tG11UvUPHe8>

en una crítica transversal al sistema capitalista. Este feminismo, que tiene en cuenta la interseccionalidad¹⁹, se constituye así, en un vector de crítica y desarticulación radical de las estructuras transversales de control político y social que van desde el espacio doméstico hasta las cárceles, pasando por los estatutos que confieren ciudadanía, trabajo, identidad o pertenencia.

La autora relata el caso de 1833 de Prudence Candrall, una profesora blanca de Connecticut, que recibió toda la atención mediática por aceptar a una niña negra en la escuela. Candrall fue desprestigiada por abrir una escuela donde pudieran matricularse niñas negras.

La inquebrantable defensa de Prudence Candrall de los derechos de las personas negras a recibir educación constituía un ejemplo espectacular, más potente del que jamás se podía haber imaginado, para las mujeres blancas que estaban sufriendo las punzadas del alumbramiento de una conciencia política. De manera lúcida y elocuente, sus actos transmitían inmensas posibilidades de liberación si las mujeres blancas en masa estrechaban las manos de sus hermanas negras. (Davis, 1981: 45)

Angela Davis recorre históricamente la participación en calidad de oyente de Lucrecia Mott en el Congreso fundacional de la Sociedad Antiesclavista Americana. Destaca el papel histórico de las hermanas Grimke, quienes abordaron el abolicionismo en relación con la dominación hacia las mujeres.

¹⁹ El término fue acuñado en 1989 por la abogada afroestadounidense Kimberlé Crenshaw en el marco de la discusión de un caso concreto legal, con el objetivo de hacer evidente la invisibilidad jurídica de las múltiples dimensiones de opresión experimentadas por las trabajadoras negras de la compañía estadounidense General Motors. Con esta noción, Crenshaw esperaba destacar el hecho de que en Estados Unidos las mujeres negras estaban expuestas a violencias y discriminaciones por razones tanto de raza como de género y, sobre todo, buscaba crear categorías jurídicas concretas para enfrentar discriminaciones en múltiples y variados niveles. Si bien la aplicación de la interseccionalidad ha sido y continúa siendo contextual y práctica, a partir de ella se creó una teoría de la opresión general. En los contextos académicos anglófonos, la interseccionalidad parece haberse convertido en el tropo feminista más difundido para hablar ya sea de identidades o de desigualdades múltiples e interdependientes (Viveros Vigoya, 2016).

El 10 y 20 de julio de 1948 se celebrará la convención de Séneca Falls donde participará Lucrecia Mott, sin embargo, serán Elisabeth Cady Stanton junto con Frederick Douglass quienes realizarán propuestas reveladoras con un contenido radical para el momento como el sufragio femenino. Además, Douglass fue el primero en hacer un llamamiento a los derechos de las mujeres dentro del movimiento de liberación de la población negra.²⁰

Pero, ¿Qué significaba todo esto? ¿De qué modo se definía la cuestión de la igualdad de las mujeres, al margen de la cuestión del sufragio que había suscitado el desdén de la opinión pública hacia la Convención de Séneca Falls? Las reivindicaciones esbozadas en la Declaración de Sentimientos y las demandas planteadas en las resoluciones, ¿reflejaban, verdaderamente, los problemas y las necesidades de las mujeres de Estados Unidos? (Davis, 1981: 61).

Davis critica que quienes redactaron el documento, aunque incidieran en los aspectos negativos del matrimonio y reivindicaran la independencia de la mujer, lo hacían únicamente desde la perspectiva de la mujer blanca de clase media, sin considerar la situación de las mujeres obreras, o de las mujeres negras. Una vez más, Angela Davis pone el acento en la raza y en la clase. El feminismo, entendido como la lucha común entre todas las mujeres del mundo por la igualdad social, no se concibe sin la lucha de clases. En la Convención de Séneca Falls no hubo ninguna mujer negra.

Davis resalta de tal forma, la discriminación racial operada por el feminismo dominante, para afirmar un nuevo programa

²⁰ La Declaración de Seneca Falls también conocida como la Declaración de Sentimientos y Resoluciones de Seneca Falls que surgió como resultado de la reunión, fue firmado por sesenta y ocho mujeres y treinta y dos hombres de diversos movimientos y asociaciones políticas de corte liberal y próximos a los círculos abolicionistas, lideradas por Elisabeth Cady Stanton y Lucretia Mott para estudiar las condiciones y derechos sociales, civiles y religiosos de la mujer. Consta de doce decisiones e incluye dos grandes apartados: las exigencias para alcanzar la ciudadanía civil para las mujeres y los principios que deben modificar las costumbres y la moral. Once de las decisiones fueron aprobadas por unanimidad y la número doce, la que hace referencia al voto, por una pequeña mayoría.

feminista, basado en una alianza transversal que sea diverso e inclusivo, criticando las exclusiones de raza, género, clase y sexualidad, planteándolo como un proyecto de emancipación colectiva.

II.1.3. ¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres?

Hernández Castillo (2003) afirma que la politóloga Susan Moller Okin²¹ (1999), profesora de la Universidad de Stanford, reunió a través de la pregunta a científicos sociales defensores y detractores del multiculturalismo para discutir las implicaciones que puede tener para las mujeres el reconocimiento de los derechos colectivos de “minorías”. En esta antología, la autora argumenta que existe una tensión muy fuerte entre el multiculturalismo y el feminismo, si consideramos que el primero parte de una reivindicación de las culturas de las minorías étnicas, mientras que el feminismo asume como principio la crítica a cualquier cultura patriarcal.

La autora analiza la poligamia, el matrimonio forzado, la mutilación genital femenina, el castigo de las mujeres por ser violadas, el acceso diferencial de hombres y mujeres a la atención médica y la educación, los derechos desiguales de propiedad, reunión y participación política, la vulnerabilidad desigual a la violencia. Okin afirma que estas prácticas y condiciones son estándar en algunas partes del mundo, lo que la hace preguntarse: “¿Las demandas de multiculturalismo, y ciertos derechos de grupos minoritarios en particular, los hacen más propensos a continuar y extenderse a las democracias liberales? ¿Existen conflictos fundamentales entre nuestro compromiso con la equidad de género y nuestro creciente deseo de respetar las costumbres de las culturas o religiones minoritarias?”.

²¹ Susan Moller Okin (Auckland, 19 de julio de 1946 - Lincoln, 3 de marzo de 2004), fue una filósofa política feminista liberal nacida en Nueva Zelanda y nacionalizada estadounidense, autora de numerosos artículos y libros sobre filosofía política feminista. Sostiene que la preocupación por la preservación de la diversidad cultural no debe eclipsar la naturaleza discriminatoria de los roles de género en muchas culturas minoritarias tradicionales. Durante su carrera, recibió varias distinciones y premios por su trayectoria académica y sus obras.

Sobre la premisa de sostener que la gran mayoría de las culturas y las tradiciones son patriarcales y discriminan o excluyen a las mujeres, la autora afirma que el multiculturalismo es malo para las mujeres. Comienza argumentando que algunos derechos grupales pueden, de hecho, poner en peligro a las mujeres. Señala, por ejemplo, que el gobierno francés les dio a miles de inmigrantes varones un permiso especial para traer múltiples esposas al país, a pesar de las leyes francesas contra la poligamia y la amarga oposición de las esposas a la práctica. Okin argumenta que, si estamos de acuerdo en que las mujeres no deberían verse en desventaja debido a su sexo, no deberíamos aceptar los derechos grupales que permiten prácticas opresivas con el argumento de que son fundamentales para las culturas minoritarias cuya existencia podría verse amenazada.

La autora muestra la tensión entre el feminismo y el multiculturalismo a través de un caso:

Durante 1980 el gobierno francés permitió a los hombres inmigrantes traer múltiples esposas al país, al punto que se estimó que 200.000 familias en París son actualmente polígamas. Cualquier sospecha de que la preocupación oficial acerca del uso de las pañueletas en la cabeza se debía a un impulso hacia la igualdad de género, quedó desvirtuada con la fácil política permisiva acerca de la poligamia, a pesar de la carga que semejante práctica impone en la mujer y a pesar de las alertas expresadas por las mujeres de las culturas pertinentes. Acerca de este hecho la oposición política efectiva no fue contundente. Pero una vez que los periodistas finalmente entrevistaron a las esposas, descubrieron lo que el gobierno debería haber aprendido antes, las mujeres afectadas por la poligamia, lo tomaban como una institución inevitable y a penas tolerable en sus países africanos de origen, pero imposible de soportar en un contexto francés. Apartamentos repletos, falta de privacidad para cada esposa, generaba inmensa hostilidad, resentimiento e incluso violencia entre esposas y contra los hijos de las otras esposas. (Moller Okin, 1999: 2-3).

Moller Okin sostiene que la permisividad del gobierno francés hacia la poligamia, muestra una gran tensión entre el feminismo y el interés del multiculturalismo para la protección de la diversidad cultural.

Pienso que nosotros -aquellos de nosotros que nos consideramos progresistas políticamente y opuestos a todas formas de opresión- asumimos fácilmente que feminismo y multiculturalismo son cosas buenas que se concilian fácilmente. Yo quisiera argumentar que hay una considerable tensión entre ellos, más precisamente entre compromisos feministas y multiculturalistas con derechos grupales para las minorías culturales. En pocas palabras explicaré el término y el punto de mi argumento. Feminismo significa que las mujeres no deben tener desventajas por su sexo, que debe ser reconocida su dignidad humana igual a la de los hombres y que deben tener la oportunidad de vivir tan plena y libremente como los hombres. Multiculturalismo es difícil de definir, pero por lo que me atañe, es el reclamo en el contexto de libertades democráticas básicas, de culturas minoritarias o maneras de vida no suficientemente protegidas en la práctica de asegurar el ejercicio de los derechos individuales de sus miembros. Como consecuencia de lo anterior deben ser protegidos a través de derechos especiales de grupo o privilegios. (Moller Okin, 1999: 3).

En el artículo que abre el debate, Moller Okin concluye que las mujeres de estas minorías étnicas (que en muchos casos pueden ser mayorías) “quizá estén mejor si la cultura en la que nacieron se extingue (al integrarse sus miembros a la cultura nacional menos sexista)” (Moller Okin, 1999: 23).

II.1.4. Multiculturalismo y género. Aportes de la democracia deliberativa

María Luisa Femenías²² y Graciela Vidiella²³ sostienen que los entrecruzamientos entre multiculturalismo y feminismo son tensos y complejos. Para algunos, las demandas multiculturales no hacen sino mantener estructuras discriminatorias en las que

las mujeres llevan la peor parte. Otros sostienen que, dado que el multiculturalismo reclama el reconocimiento de las diferencias, es la perspectiva idónea para deconstruir las operaciones de dominio ocultas tras la igualdad formal propugnada por el liberalismo.

La tesis que proponen es argumentar a favor de una concepción deliberativa de la democracia, basada en una igualdad sustantiva y sensible tanto a las cuestiones feministas y de género, como a la categoría de reconocimiento, pilar del multiculturalismo, y que además sea compatible con un paradigma universalista de derechos morales.

Las autoras se preguntan:

(...) ¿cuáles son las razones normativas que justifican el resguardo, sin más, de las culturas? Incluso, ¿todas las

²² María Luisa Femenías (Buenos Aires, 18 de agosto de 1950) es una filósofa feminista argentina, académica, investigadora y escritora. Pionera en los estudios de género en Argentina, en sus proyectos de investigación ha trabajado la noción de sujeto e identidad centrándose en cuestiones de multiculturalidad, exclusión y conocimiento situado además de sobre la violencia contra las mujeres en América Latina. Su trabajo fue clave para la consolidación del “Centro Interdisciplinario de Estudios de Género” de la Universidad Nacional de la Plata. En 2016 recibió el premio nacional Fundación Konex. Estudió Filosofía en la Universidad de Buenos Aires y se doctoró en Filosofía Teórica en la Universidad Complutense de Madrid con una tesis dirigida por Celia Amorós sobre el pensamiento aristotélico publicada en 1996 con el título de Interioridad y Exclusión: Un modelo para desarmar. Buenos Aires, 1996.

Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Mar%C3%ADa_Luisa_Femen%C3%ADas.

²³ Graciela Vidiella nació el 01/10/1952. Doctora en Filosofía (UBA). Actualmente es Profesora Adjunta de Ética en la Facultad de Humanidades u Ciencias de la Educación (UNLP) y es Profesora Titular de Ética de la Facultad de Humanidades y Ciencias (UNL). Publicó los siguientes libros: El derecho a la salud, Universalismo y Particularismo (en colaboración); Breviario de Ética (en colaboración con Osvaldo Guariglia y Los derechos fundamentales (en colaboración), Ética, estos dos últimos destinados a la enseñanza secundaria. Fue directora de la Maestría en Ética Aplicada de la Facultad de Filosofía y Letras y del Departamento de Filosofía de la misma institución. Participó en numerosos proyectos de investigación de la UBA y de la Agencia Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, de la UNLP y de la UNL. Actualmente dirige: Problemas en torno a la legitimidad en la teoría de la democracia en la Universidad Nacional del Litoral y Democracia deliberativa. Fundamentos, requisitos y limitaciones en la Universidad Nacional de La Plata. En 1997 obtuvo el Segundo Premio en Cuento en el concurso Avón con la Mujer en las Letras. Disponible en: <https://www.fundacionkonex.org/b2765-graciela-vidiella>

culturas minoritarias merecen ser protegidas de la misma manera? ¿Qué ocurre con las que tienen rasgos manifiestamente autoritarios, xenófobos o las que se niegan a escolarizar a los niños? En especial referencia al tema que nos convoca, ¿qué actitud adoptar ante aquellas culturas que subordinan a las mujeres o, aún peor, aceptan y/o promueven la mutilación genital, la lapidación, la violación iniciática, el matrimonio infantil, u otros? En el marco de estos ejemplos, podemos preguntarnos, ¿todos los rasgos o componentes de una cultura son igualmente defendibles? Además, como es fácil advertir, se pueden distinguir diferencias idiosincráticas en cada cultura y aspectos diferenciales casi al infinito; el problema es saber —como señalan entre otras Nancy Fraser y Seyla Benhabib— cuáles son relevantes y cuáles no, cuáles generan otros tipos de exclusiones o discriminaciones y cuáles no lo hacen. (Femenías y Vidiella, 2017: 24-35)

Las autoras sostienen que son preguntas cuyas respuestas son claramente complejas. Porque, además, bien puede sostenerse que —como lo señala, por ejemplo, Sophie Bessis (2002: 18)— en las democracias liberales las mujeres también ocupan un lugar subordinado. Admitida esta observación, las autoras consideran que ello no constituye un obstáculo para reconocer que existen prácticas ancestrales en otros grupos, tales como las mencionadas, que reportan a las mujeres la máxima discriminación y destrato. La discriminación y la subordinación no son una cuestión de todo o nada, sino de una compleja gama de matices.

Citando a Seyla Benhabib (2006: 151), las autoras consideran que las culturas no son compartimentos estancos y que es epistemológicamente incorrecto pretender encerrarlas bajo un concepto que tenga resabios de esencialismo. Pese a ello, y al mismo tiempo, sostienen que “es necesario tener muy presente que existen prácticas e identificaciones culturales marcadamente patriarcales, donde el sometimiento de las mujeres es mucho mayor que en otros grupos identitarios” (Femenías y Vidiella, 2017: 29).

Parten del presupuesto siguiente:

Es importante tener en cuenta que la doble identificación étnica y genérica puede producir fuertes tensiones: es frecuente que una mujer perteneciente a determinada minoría étnica no sólo reciba un reconocimiento degradado de la cultura hegemónica en la cual está inserta (racismo), sino también que el reconocimiento que le depara su propia cultura la marque como un ser humano inferior o sólo apto para ciertas tareas, como la gestación y la crianza (sexismo) y, en casos extremos, incluso que la haga objeto de rituales que contradicen los derechos humanos. (Femenías y Vidiella, 2017: 31).

Las autoras ejemplifican su postura con el caso de la niña wichí de doce años embarazada de su violador. Señalan que este tipo de situaciones lleva a algunas teóricas a afirmar que el multiculturalismo es malo para las mujeres, citando a Susan Moller Okin.

Femenías y Vidiella señalan que el multiculturalismo surgió como un movimiento reivindicativo de minorías marginadas por culturas dominantes. Bajo su amparo se cobijaron los nuevos movimientos sociales que constituyen las formas actuales de luchas políticas, con resignificaciones aceleradas de los símbolos tradicionales de sometimiento y de exclusión. Las autoras sustentan su punto de vista en tres ejes normativos: el reconocimiento, la diferencia y la cuestión de los derechos.

Me interesa aquí llevar el análisis al punto 3 “Identidad/diferencia”, donde las autoras sostienen que a su juicio, lo que está en juego en esta cuestión es la elección entre un criterio normativo universalista e igualitario y otro particularista. Su postura es que la identificación con un determinado grupo puede favorecer la autoestima de las personas y ayudar a que se organicen políticamente, ganen el espacio público y así se hagan visibles. Pero, como contra cara, -sostienen- “también es cierto que esas identificaciones grupales pueden ejercer coacción y coartar la libertad individual de sus propios miembros. Esto les ocurre muchas veces a las mujeres” (Femenías y Vidiella, 2017: 34).

Citando a Nancy Fraser (1995) reemprenden la pregunta: “¿Cómo, puestas a elegir entre género y etnia, las mismas mujeres optan por su identidad étnica aún en contra de sus propios intereses?”. Las autoras responden que se trata claramente del caso de la víctima-cómplice, como lo denominara Simone de Beauvoir hace más de sesenta años. Sostienen que la elección se basa en el concepto de “preferencias adaptativas” elaborado por J. Elster (1988: 42), que ayuda a explicar no sólo por qué las conductas de sometimiento son muchas veces tan difíciles de modificar, sino también por qué las personas subyugadas parecen prestar su asentimiento. Según Elster, las preferencias adaptativas son endógenas; es decir, no son ni fijas ni estables, sino que se adaptan a una amplia gama de factores, tales como el contexto en el cual se expresan, en general, las reglas legales existentes de una cultura.

Las autoras concluyen sobre el punto que:

Al respecto, las mujeres en tanto que individuos desaventajados en sociedades estratificadas, las minorías en las sociedades intolerantes, los trabajadores explotados en las economías explotadoras, tienden a aceptar sus privaciones como resultado de su necesidad de sobrevivencia. Así adaptan sus deseos y expectativas a aquello que consideran factible. Claramente este ha sido el caso de las mujeres a lo largo de la historia. Estas «preferencias» son estrategias para reducir las disonancias cognitivas. En los casos de discriminación racial o de género (y de la tensión entre ambas), suele registrarse un fenómeno paradójico que podemos explicar mediante las preferencias adaptativas: los más favorecidos culpan a las víctimas de su situación, y éstas asumen que el daño es merecido o, por lo menos, que deberían haberlo previsto o evitado. La cultura de la culpa, en la que mayormente se socializa a las mujeres, contribuye significativamente a ello. En suma, cuando se perciben las injusticias como predecibles y parte de un orden naturalizado, se tornan más tolerables. (Femenías y Vidiella, 2017: 35)

Dicen que las mujeres o los grupos e individuos desaventajados inmersos en este flujo de preferencias adaptativas no son capaces de articular preferencias autónomas. Ejemplifican su postura en la práctica del sati en la India, la mutilación genital femenina en Mali, Gambia o Mauritania. Sostienen que estas mujeres “optando por su identidad étnica aun en contra de sus intereses”, cierran un perverso círculo de violencia de género. Para las autoras, para que exista una elección identitaria genuina se requeriría que las mujeres puedan realizar un examen crítico de su propia cultura y que tuvieran opciones genuinas disponibles a fin de que la identificación con una cierta cultura sea auténtica elección.

En cuanto al acápite 4 “Derechos grupales/individuales”, las autoras analizan dos casos de colisión entre derechos grupales y derechos individuales sucedidos en Estados Unidos: uno de la comunidad amish contra el Estado de Wisconsin; y otro de Julia Martínez del Pueblo de Santa Clara. Concluyen que no hay razón suficiente para admitir derechos colectivos. Señalan:

Además de producir superpoblación en el conjunto de los derechos y acarrear no poca confusión conceptual, no hallamos un buen argumento que muestre que los derechos colectivos superan el test de género o test de la situación de las mujeres. Esto no significa que no reconozcamos la importancia de la preservación de culturas minoritarias a través de la enseñanza de su propia lengua, de la protección de sus manifestaciones culturales, u otras medidas de ese tenor. Tampoco estamos en desacuerdo con dotar a las minorías culturales con derechos especiales de representación, con cupos étnicos en la educación (como ocurre en Brasil con los «negros»), en el mercado de trabajo para personas con capacidades diferentes o en la política (cupos femenino y paridad). Pero consideramos que el modo correcto de defender esas políticas no es a través de la idea de derechos colectivos, sino de derechos individuales a la igualdad de oportunidades. Las personas integrantes de esos grupos no gozan de igualdad de oportunidades y

de reconocimiento porque están en inferioridad de condiciones respecto del resto de los ciudadanos y, en el caso de las mujeres, la mayoría de las veces, respecto de los propios miembros varones de sus grupos étnicos de pertenencia (Femenías Vidiella, 2017: 38).

En el punto 5 “la democracia deliberativa”, las autoras esbozan los lineamientos generales de una democracia deliberativa que, a su entender, supera las objeciones que los defensores de la política de la diferencia realizan a la democracia liberal, en particular a su interpretación de la igualdad. La basan en un conjunto de derechos básicos civiles y políticos, generalmente brindados por las constituciones que, en la práctica resultan meramente formales para los ciudadanos que pertenecen a los grupos desaventajados. Sostienen que su versión “pone el acento en la inclusión de personas social y económicamente sumergidas en las minorías y es sensible a las cuestiones de género” (Femenías y Vidiella, 2017: 39). Aseguran que el mejor modo de organizar el ejercicio del poder político es que éste pueda verse como el resultado libre y razonado de un procedimiento deliberativo entre personas consideradas como libres e iguales. Hay tres características distintivas de la teoría deliberativa en su versión habermasiana, que las autoras toman en cuenta: la primera es la idea de esfera pública, situada en la sociedad civil, que constituye el espacio de formación de la opinión y de la voluntad, donde los ciudadanos producen discursos al tratar sus asuntos comunes. La segunda es la idea de legitimidad proveniente de la ética del discurso: “Sólo son válidas las normas y arreglos institucionales normativos que pueden acordarse entre todos los interesados de acuerdo con situaciones de argumentación específicas llamadas discursos”. La tercera es la idea de la doble vía política, donde intervienen por una parte las instituciones formales, tales como la legislatura y el poder judicial, y por la otra, el espacio informal de la esfera pública, donde se incluyen los discursos de la sociedad civil en sus distintas variantes, tales como las actividades y luchas de los movimientos sociales, los medios de comunicación y las asociaciones de la sociedad civil.

Para evitar las críticas al sesgo elitista de la teoría deliberativa, indican que se debe evitar “la pobreza política” de la que habla Bohman (1997: 321-348), que impide que los grupos de ciudadanos participen de manera efectiva en los procesos democráticos, con las siguientes consecuencias: exclusión pública, donde los grupos empobrecidos políticamente no les resulta posible evitar la exclusión pública porque no pueden iniciar la deliberación; y la inclusión política, ya que los empobrecidos políticamente son los destinatarios legales de los acuerdos deliberativos sobre los cuales no tienen poder ni influencia. Su silencio es convertido en consentimiento por los poderosos. Las autoras, apuntan que ésta es la situación de las mujeres y ejemplifican con el caso en análisis.

Señalan que:

A fin de clarificar nuestro punto de vista consideremos otro caso de una niña de la comunidad wichí violada por su padrastro en la región de Tartagal, provincia de Salta, Argentina. La madre de la niña denunció ante la justicia a su pareja, hijo del chamán de la comunidad, por haber abusado de su hija de once años y dejarla embarazada. En el expediente judicial consta un acta donde se consigna que la mujer afirmó que había sido amenazada por el cacique de su comunidad: éste le había dicho que, si denunciaba al violador, ella también quedaría presa y, además, sería expulsada de la comunidad. A poco que la niña diera a luz, la madre y algunos miembros del grupo pidieron la libertad del abusador: alegaron que la mujer había sido influenciada a realizar la denuncia por la maestra del colegio al que asistía la niña y que, de acuerdo con sus pautas culturales, los wichí admiten el matrimonio de un hombre con una mujer y su hija (matrimonio privignático). También dijeron que ellos consideran que las chicas, a partir de la menstruación, están en condiciones de elegir compañero sexual, lo que había ocurrido en este caso. Las alegaciones de la defensa del acusado llegaron a la Corte salteña y lograron anular la detención. Esta institución justificó su decisión -con la excepción de una jueza- aduciendo que

las pautas culturales de la comunidad wichí contemplan el matrimonio privignático y que el acusado no tuvo conciencia de incumplimiento de norma jurídica alguna. Posteriormente el imputado fue nuevamente procesado y permaneció detenido hasta el año 2012. (Femenías y Vidiella, 2017: 43).

Las autoras critican algunas voces de la “la esfera pública”: la de una antropóloga de la Universidad de Buenos Aires dedicada a los derechos indígenas que defendió la inocencia del acusado argumentando que se había guiado por costumbres ancestrales de su comunidad y que había tenido una actitud de responsabilidad y protección hacia la madre y la hija. Otra colega de la misma universidad, también especialista en la temática de los derechos de los pueblos originarios, arguyó que entre los wichí una chica es mujer desde que tiene su primera menstruación. Sostuvo asimismo que durante el proceso no había sido consultado el líder de la comunidad y que ése había sido un error del sistema judicial, ya que, según su conocimiento, los líderes comunitarios tienen formas de resolver los conflictos, aunque en ese caso no había existido conflicto alguno. Por su parte, una abogada, profesora de Derechos de los Pueblos Originarios, aseveró que en el proceso judicial se dieron por supuestas las normas de la cultura occidental dominante, lesionando el principio democrático de igualdad, que requiere respetar las diferencias.

Las autoras contrastan estas voces “expertas” con otras opiniones vertidas sobre el mismo tema, incluyendo la de una mujer referente del pueblo wichí salteño, quien señala que “esta crueldad, este abuso cometido por un miembro de la comunidad, de un clan /.../ [e]s una aberración que los científicos estos que entran por la puerta grande de nuestras comunidades, de nuestro pueblo, se pongan a la par de los abusadores y utilicen a la ciencia para más sometimiento”.

Femenías y Vidiella contraponen en el caso los argumentos multiculturalistas a ultranza, esgrimidos por algunos especialistas, con su punto de vista de la democracia deliberativa.

Dicen que los y las antropólogas referidas, en nombre del reconocimiento igualitario de las diferencias, incurrieron en una serie de consideraciones sobre cuyas consecuencias negativas para las mujeres -en este caso las mujeres y niñas integrantes de un grupo especialmente vulnerable como la etnia wichí- han llamado la atención a lo largo del trabajo. Sostienen que los puntos de vista que las académicas referidas tomaron en cuenta eran los de los líderes varones de la comunidad y no tomaron en cuenta que el cambio de opinión de la madre de la niña violada pudo deberse al miedo causado por las amenazas que le prodigaron los propios miembros de su comunidad.

Desde el punto de vista deliberativo que defienden las autoras, la consideración del caso es bien distinta.

En primer lugar, hay que preguntarse por los derechos de la niña wichí en tanto individuo y menor de edad; en segundo lugar, si las capacidades mínimas requeridas para poder participar de una deliberación pública de la afectada estaban dadas. Al respecto puede alegarse que se trata de una niña, y que por tanto no puede disfrutar de las capacidades que puede poseer una persona adulta. Esto es cierto, pero la pregunta correcta que corresponde realizar en este caso es: ¿permiten los funcionamientos actuales de la niña el desarrollo futuro de las capacidades que la harían una persona capaz de participar en condiciones de igualdad en una discusión pública? Claramente no es así porque la niña fue violada. Dados los supuestos de la democracia deliberativa resulta imposible defender, en aras de la discriminación que sufre un grupo marginado, el desconocimiento consciente de la violencia que sufre al menos uno de sus miembros. (...) la Convención de los Derechos del Niño, que Argentina ha incorporado a su legislación, es un documento jurídico valioso que no puede ser objetado en aras de defender cualquier tipo de prácticas culturales, incluyendo las de culturas sumergidas. (Femenías y Vidiella, 2017: 44-45).

Las autoras concluyen que la introducción del punto de vista de la democracia deliberativa permite, no quedar atrapadas

entre la Escala de discriminar, y a veces criminalizar, las costumbres de culturas no hegemónicas, como se le critica a la democracia liberal, y la Caribdis de la tolerancia a ultranza de un multiculturalismo sin matices.

II.1.5. “Mujeres blancas buscando salvar a mujeres color café”: desigualdad, colonialismo jurídico y feminismo postcolonial

En este artículo Karina Bidaseca²⁴ analiza el fallo de la Corte de Salta en el caso “Fabián Ruiz”. La tesis de la autora se centra en sostener la existencia de un colonialismo jurídico en el tratamiento del caso por parte del Estado argentino y, en términos de colonialismo discursivo al tratamiento recibido por determinados espacios de poder. Se ensaya lo que la autora llama una “teoría de las voces” desde la conceptualización de Aníbal Quijano sobre la “colonialidad del poder” que incluye el tratamiento de la política de la subjetivación en curso, y se problematizan los límites del feminismo académico para pensar el contexto de la “colonialidad” y lo que se denomina “retórica salvacionista”: los continuos intentos de algunas voces feministas de silenciar a las mujeres de color/no blancas o bien, de hablar por ellas.

El propósito de la autora es introducir la narrativa femenina de la subalternización y reflexionar sobre el colonialismo jurídico en las condiciones actuales de dar muerte simbólica a otras subalternas, las mujeres indígenas. Desde el feminismo postcolonial problematiza los límites del feminismo académico para

²⁴ Posdoctora en Ciencias Sociales, Niñez y Juventud por el Centro de Estudios Avanzados en Niñez y Juventud de la alianza CINDE - Universidad de Manizales – Colombia/Pontificia Universidade Católica de São Paulo – Brasil/El Colegio de la Frontera Norte de México-COLEF. Institución aval: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO. San Pablo, 27 de marzo 2017. Es Doctora de la Universidad de Buenos Aires, en Ciencias Sociales (2006) con su Tesis Doctoral titulada: “Colonos insurgentes. Acciones colectivas y discursos heréticos por la tierra. Argentina, 1900-2000”. Obtuvo el Premio Summa Cum Laude. Es Magíster en Investigación en Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires (2002) con su tesis titulada “Nómades sin tierra. De hombres y mujeres poblando León Rougés en tiempos de zafra y migraciones”.

pensar la “colonialidad” que pervive en la configuración de las relaciones sociales, luego que el colonialismo como ocupación de territorios por parte de otros Estados ha finalizado. Dentro de una postura (pos) colonial intenta comprender dicha subalternidad femenina en los siguientes términos: por un lado, que racismo y colonialidad constituyen las relaciones de género, y por otro, que el feminismo “blanco” se inscribe en una narrativa imperialista cuando se sostiene en lo que denomina una “retórica salvacionista” de las mujeres color café. Citando a la feminista afroamericana bell hooks, la autora sostiene que permanece en el feminismo contemporáneo la idea de que la raíz de todos los problemas es el patriarcado y que la erradicación de la opresión sexista llevaría necesariamente a la eliminación de todas las demás formas de opresión.

El hablar del patriarcado y no del racismo permite que las feministas blancas sigan actuando como explotadoras y opresoras. Sexismo, racismo y explotación de clase constituyen sistemas interrelacionados de dominación que determinan la agencia femenina (Bidaseca, 2011: 2).

Para demostrar su postura, Bidaseca analiza el caso paradigmático en la República Argentina de “Fabián Ruiz”, sosteniendo que en el mismo algunas feministas blancas intentaron silenciar a las mujeres de color/no blancas o bien, de hablar por ellas. La autora expone el caso de la siguiente forma: “Me referiré a uno extremadamente sensible y polémico en la sociedad salteña que, repentinamente, lo selló. Remite a un fallo de la Corte de Salta entre 2005 y 2006, sobre el procesamiento dictado a un hombre indígena de 28 años de la “comunidad” wichí Lapacho Mocho, ubicada al norte de dicha provincia. Fue acusado de haber violado a la hija de su concubina, según la definición de la familia occidental, una “niña de alrededor de 10 años” (pues no se sabe con certeza su edad), quien se convirtió en madre”.

Siguiendo la conceptualización de Segato (2007) y Briones (2005) para ubicar los procesos históricos particulares que configuran la matriz de diferencia que ambas autoras definen como “formación nacional o provincial de alteridad”, la autora

incorpora el vocablo “comunidad” confrontando discursivamente a “Estado”, aunque advirtiendo su heterogeneidad y agregándole conflictualidad, así como propiciando su necesaria desromantización.

Bidaseca sostiene un colonialismo jurídico en el tratamiento del caso por parte del Estado Argentino y de colonialismo discursivo, cuando las voces “bajas” (Guha, 2002) de las mujeres son fagocitadas, representadas o traducidas por otras voces. Entiende sus voces como instrumento político del sujeto, ensayando, en los pliegues lo que llama una “teoría de las voces” desde la conceptualización de Aníbal Quijano (2000) sobre la “colonialidad del poder” que incluye el tratamiento de la política de la subjetivación en curso.

En el caso en análisis, la autora señala que las voces de la mujer indígena de la comunidad Lapacho Mocho fueron sofocadas.

Relata el caso:

En 2006 un hombre wichí de 28 años, fue acusado de haber violado a la hija de su concubina, una niña de “alrededor de 10 años” quien se convirtió en madre. El hecho, que para el Código Penal es un abuso sexual agravado, para la Corte de la provincia de Salta constituyó en su primer expedido, sin embargo, una pauta étnica y cultural de ese pueblo originario, del mismo modo que para la defensa se trata de una “costumbre ancestral que las mujeres puedan mantener relaciones sexuales consentidas a partir de su primera menstruación, por lo cual no se trataría de una niña sino de una adulta” (Carbajal, 2007). En efecto, la Corte, apoyándose en los estudios de los peritos antropológicos, sostiene que “para juzgarlo debía tenerse en cuenta la aceptación social que entre los wichís tiene que las mujeres mantengan relaciones desde temprana edad” (Ídem). Sin embargo, la Corte que había tomado en su primer momento las pruebas antropológicas aportadas por los peritos, desistió de mantener esa postura; decidió continuar con el procesamiento y encarcelamiento del acusado Qa’tu detenido desde mediados de 2005 en el penal de Tartagal, procesado sin

juicio, lo cual supera los 2 años establecidos como límite por la justicia. (Bidaseca, 2011: 7)

El caso es desafiante para la autora fundamentalmente porque se trata de una “niña/mujer” cuya voz no puede ser pronunciada y en sentido spivakiano carece de un lugar de enunciación, atrapada entre dos justicias. Afirma que la voz de la “niña/mujer” se encuentra sumergida por el ruido de los mandatos estatistas” (Guha, 2002: 20) y es representada por algunas académicas feministas. “Mientras su vida transcurre en la tensión entre lo privado y lo público se reescribe el guión de su desbastada experiencia identitaria en el lugar fronterizo de la articulación inverosímil: la negociación cae en el lugar de la imposibilidad y la orientalización de su pueblo, en sentido saidiano, puede dejar marcas imborrables en su memoria”.

Por eso Bidaseca, señala que su colaboración desde su lugar de privilegio es tratar de llevar el problema al lugar de la discusión que se adeuda a los pueblos indígenas aquí, el de la posibilidad de pensar en las potencialidades del pluralismo jurídico, y de ese modo no seguir profundizando la violencia epistémica, simbólica y material ejercida sobre ellos.

La autora repasa las distintas voces (sofocada de la niña/mujer, baja de la madre, alta de la Directora de la escuela, alta del Código Penal, altas y hegemónicas de los jueces, baja del acusado, bajas y miméticas de la “comunidad”, altas masculinas de peritos antropólogos, altas de las mujeres académicas, alta de la abogada defensora indígena, bajas inaudibles de las mujeres wichí, alta femenina de la niat). Concluye que el “caso” presentado redundante en profundas y profusas complejidades para el mundo occidental. “Lo paradójico es que no hay ninguna parte lesionada, sólo el Estado responde a esta amenaza contra la moralidad occidental”. La autora considera que la importancia del mismo estriba en la falta que muestra: la de una discusión real sobre las posibilidades de construir en nuestro país un Estado pluricultural. Luego de la representación que asumieron las mujeres feministas, pronto cayó en el olvido, “colonizado” por una cuestión predominantemente moral.

La autora refuerza su postura señalando que “la certeza de la incerteza es no poder determinar si hubo o no delito. Porque la voz de Estela —que es un afuera dentro de un adentro (recordemos que tanto ella como su madre provienen de otra “comunidad”)— no puede escucharse, no está su testimonio... éste irrumpe después de cuatro años para pedir la libertad del acusado. Y porque otro afuera, el discurso de la directora, influyó en la madre a hacer la denuncia original”.

Bidaseca finaliza su trabajo citando la frase de Gayatri Chakravorty Spivak para la India colonial, “hombres blancos que salvan a las mujeres color café de los hombres color café” (que expresa los discursos orientalistas salvacionistas y a la Mujer como objeto-fetiché), se puede trasladar a un sector de feminismo en el que “mujeres blancas buscan salvar a las mujeres de color café de los hombres color café”. Me permito preguntarme: ¿de quién/es necesitan “ser salvadas” las mujeres indígenas?” (Bidaseca, 2011).

III. Conclusiones

En este marco de “pandemias” en plural, mis expectativas respecto a este trabajo han sido analizar, problematizar y resignificar los textos seleccionados, para que nos ofrezcan muchas categorías conceptuales y miles de interrogantes desafiando una futura investigación. Los textos elegidos para este ensayo nos conducen hacia otros textos a los fines de determinar desde dónde y desde qué contextos se interpretan y construyen realidades. La sola lectura de los distintos posicionamientos teóricos frente al caso “Fabián Ruiz” desde la antropología, el derecho y la filosofía nos hacen advertir y preguntarnos ¿cómo se construye teoría feminista en la Argentina? Y como sostienen Lerussi y Costa (2018): ¿la producción de conocimiento es una relación de centro-periferia, de recepción-resignificación de las ideas de los feminismos estadounidenses y europeos?

Coherente con estas preguntas y buscando contextualizar, no puedo dejar de observar que este ensayo se enmarca en

estos tiempos de pandemia. Tiempos raros, abruptos, cargados de desconcierto. En la “sociedad del conocimiento” en la que vivimos, las tecnologías de la información y la comunicación han generado cambios significativos en las formas de percepción y las estrategias de producción, generación y difusión de conocimientos. La informática ha producido en el ámbito de la cultura una revolución semejante a la que produjo la aparición de la imprenta en el siglo XV (Díaz Barriga, 2005). La humanidad atravesada por la revolución tecnológica, asiste con miedo y confusión a la propagación del virus. Antes de la pandemia, otros males ya se encontraban instalados: las desigualdades económicas y sociales entre las personas. Y pareciera que estas desigualdades se consolidarán en desmedro de los grupos vulnerables generando una “pandemia del hambre”²⁵. El confinamiento obligatorio pareciera constituir “la única vacuna” conocida hasta el momento para mitigar la propagación de la enfermedad. Comenzamos a normalizar lo que parecía propio de dictaduras: el aislamiento tiene un alto costo para los Derechos Humanos de las personas, sin embargo, parece ser el mejor horizonte para mantener la salud de la mayoría. Y mientras tanto irrumpe con furia otra pandemia: la violencia de género. Las denuncias aumentan en nuestro país durante la cuarentena y, desde que comenzó el confinamiento, el 20 de marzo, se han producido más de 20 feminicidios. “La otra pandemia” coloca en una situación de mayor riesgo a las mujeres y a las niñas, amenazadas doblemente por el Covid-19 y la violencia doméstica.

A pesar de esta distopía, seguiremos esforzándonos en este proceso continuo de lucha por la emancipación y por la igualdad de Derechos Humanos de las mujeres y otras identidades no hegemónicas, para que no sean una mera declaración formal sino una realidad tangible y vivenciada en el aquí y ahora.

²⁵ Basta con observar unas pocas noticias: “La pandemia del hambre: en Salta murieron dos niños y ya son quince en total” 27/3/2020; “Dos hermanitos wichí fallecieron esta semana por desnutrición en Salta”, 26/3/2020; “Salta: el hospital de Tartagal desaloja a niños wichí internados en recuperación nutricional”, 31/3/2020; “Salta: falleció un adolescente wichí deshidratado y abandonado” 7/4/2020. Disponible en: <http://www.laizquierdadiario.com/wichis>

El aporte de Butler a estos interrogantes son el discutir una de las premisas fundamentales de gran parte de la teoría feminista: que existe una identidad y un sujeto que requiere representación política y lingüística. Cabe preguntarse si tiene sentido pensar en un sujeto previo al ejercicio mismo de la representación. Butler argumenta que la categoría “mujer”, e incluso su plural “mujeres”, son términos problemáticos y fallidos, que se complican al pensar las sobreposiciones con otros aspectos de la identidad como la clase, la raza, la sexualidad, la etnicidad, entre otros. Asimismo, la autora destaca que la universalidad que presume el querer estructurar las políticas feministas por medio de un sujeto unívoco y permanente deviene en la universalidad asumida del sistema patriarcal, borrando de esta forma las particularidades de las relaciones de poder mediadas por el género en diversidad de tiempos y contextos culturales específicos (Butler, 1999).

Podemos analizar si la teoría de la performatividad puede o no ser trasladada a las cuestiones de la etnia/raza y de la clase. En este punto -siguiendo a Butler- se puede aclarar que tras el discurso sobre el género se esconden permanentemente las presuposiciones raciales. Por consiguiente, la pregunta que hay que plantear no es si la teoría de la performatividad puede trasladarse a la raza y a la clase, sino qué le ocurre a dicha teoría cuando trata de lidiar con la raza y con la clase. Muchos de estos debates se han ceñido al lugar que ocupa la “construcción”. Butler destaca que ninguna de las explicaciones de la “construcción” servirá, y que estas categorías siempre actúan como fondo la una de la otra y se articulan de forma más enérgica recurriendo la una a la otra.

La autora sostiene que la creencia política de que debe haber una base universal para el feminismo, y de que puede fundarse en una identidad que aparentemente existe en todas las culturas, a menudo va unida a la idea de que la opresión de las mujeres posee alguna forma específica reconocible dentro de la estructura universal o hegemónica del patriarcado o de la dominación masculina.

La idea de un patriarcado universal ha recibido numerosas críticas en años recientes porque no tiene en cuenta el funcionamiento de la opresión de género en los contextos culturales concretos en los que se produce²⁶ (González Vázquez, 2013). Una vez examinados esos contextos diversos en el marco de dichas teorías, se han encontrado “ejemplos” de un principio universal que se asume *prima facie*. Esa manera de hacer teoría feminista ha sido cuestionada porque intenta colonizar y apropiarse de las culturas no occidentales para respaldar ideas de dominación muy occidentales, y también porque tiene tendencia a construir un “Tercer Mundo” o incluso un “Oriente”, donde la opresión de género es sutilmente considerada como sintomática de una barbarie esencial, no occidental. La urgencia del feminismo por determinar el carácter universal del patriarcado –con el objetivo de reforzar la idea de que las propias reivindicaciones del feminismo son representativas- ha provocado, en algunas ocasiones, que se busque un atajo hacia una universalidad categórica o ficticia de la estructura de dominación, que por lo visto origina la experiencia de subyugación habitual de las mujeres (Butler, 1999).

Por su parte, Davis critica también el discurso totalizador y patriarcal no sólo para contar algunos hitos de la emancipación de las mujeres, sino para hacerlo desde la perspectiva de una mujer, negra y comunista. ¿Qué significa entonces, ser mujer, ser negra, ser comunista? Esto sirve para ubicar la premisa de la particularidad de cada “mujer” en cada contexto y con luchas y reivindicaciones distintas, articulándose en el caso de la comunidad wichí -que propusimos para el análisis- en una triple perspectiva en la lucha por combatir la exclusión racial, de género y de clase. Aquí plantearíamos ¿Qué significa entonces, ser mujer, ser wichí, ser integrante de la comunidad Lapacho Mocho?

²⁶ Un estudio clarificador sobre el concepto de patriarcado se puede encontrar en: González Vázquez, Araceli (2013). Los conceptos de patriarcado y androcentrismo en el estudio sociológico y antropológico de las sociedades de mayoría musulmana. Paper 2013 98/3. Collège de France/EHESS. Laboratoire d'Anthropologie Sociale.

Téngase presente que desde mi experiencia en los talleres “Mujeres de pueblos originarios” del 34 Encuentro Nacional de “Mujeres”²⁷, realizado en mi querida ciudad de La Plata, las aseveraciones desde el afuera feminista blanco, mayor, occidental, heterosexual y propietario –en términos de Raffin (2006)-, quedaron relegadas a demandas centradas en la recuperación de los territorios originarios y no en una opresión del “patriarcado”.

Argentina como país del “Tercer Mundo” se encuentra lejos de ser un Estado pluricultural que reconozca autonomía territorial y política a los pueblos originarios no obstante estar consagrado jurídicamente en el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y en los tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22, constituyendo un bloque de constitucionalización y convencionalización federal –en términos de Bidart Campos-. Dentro de este panorama general, y dentro del contexto particular del caso “Fabián Ruiz”, el objetivo futuro será explorar la situación de las mujeres indígenas en sus contextos particulares, a los fines de corroborar o no la tesis de que éstas son, al mismo tiempo, parte de un colectivo culturalmente desamparado por referencia a la comunidad dominante del Estado en que se insertan, pero también son un grupo vulnerable dentro de sus propias comunidades de pertenencia al quedar expuestas, precisamente por razones culturales, a situaciones de opresión, violencia y vulneración de sus Derechos Humanos. Y este análisis puede intentarse desde la teoría performativa de Butler con las connotaciones de Davis, en el proceso de resignificación que se puede hacer en nuestro país en un campo emergente como es el feminismo argentino.

²⁷ 34 Encuentro Nacional de Mujeres, La Plata, 12, 13 y 14 de octubre de 2019. Previa a su realización y durante la implementación de los talleres se dieron luchas micro políticas sobre el nombre del encuentro, debates que vienen desde Chaco 2017 y Trelew 2018. Es decir, se viene discutiendo lo que menciona Butler y Davis: la cuestión de la identidad de un sujeto/s que requiere representación política y lingüística. Debates acerca de incluir plurinacional y la ampliación de las identidades que componen el nombre del encuentro. La decisión se tomó al cierre del mismo, triunfando la postura respecto a que el 35 Encuentro a realizarse en San Luis lleve la denominación de “Plurinacional de Mujeres, Lesbianas, Bisexuales, Travestis, Trans, Intersexuales y No Binaries”.

Las posiciones teóricas en el caso “Fabián Ruiz” son disímiles en los círculos del derecho y de la antropología. Por una parte, se habla de legislación indígena y normas internacionales de protección de los Derechos Humanos de las niñas, niños y adolescentes, y por otra, se polemiza acerca del papel de los científicos sociales que estudian las comunidades indígenas. Así, por un lado, Femenías y Vidiella (2017: 31) sostienen que: “Es importante tener en cuenta que la doble identificación étnica y genérica puede producir fuertes tensiones: es frecuente que una mujer perteneciente a determinada minoría étnica no sólo reciba un reconocimiento degradado de la cultura hegemónica en la cual está inserta (racismo), sino también que el reconocimiento que le depara su propia cultura la marque como un ser humano inferior o sólo apto para ciertas tareas, como la gestación y la crianza (sexismo) y, en casos extremos, incluso que la haga objeto de rituales que contradicen los derechos humanos”. Desde la antropología, voces como las de Tarducci (2013) se alzan para defender esta postura en el caso en análisis.

En la vereda de enfrente, junto con otros estudios en antropología de Carrasco y de Palmer (2012), el de la periodista Carabajal (2007) y la abogada Ramírez (2012), se posiciona Bidaseca que afirma que el tutelaje de los pueblos originarios como práctica colonialista perdura en el tratamiento de los casos que son judicializados. El mentado respeto a la “diversidad” étnica y cultural termina siendo desvirtuado en función de utilizar las propias contradicciones nativas, sus puntos de fuga, y así deslegitimar sus propios sistemas de control social y de impartición de justicia como “bárbaros” dentro de sus jurisdicciones frente a la sociedad mayor; y como “consuetudinarios”, lo cual implica minimizar la potencialidad de construir un derecho indígena como “derecho propio”, y no como “costumbre jurídica”.

Como puede advertirse, es dificultosa la comprensión del caso desde la mirada puramente occidental, como también desde un enfoque feminista esencialista de segunda ola basado en un patriarcado universal. El caso “Fabián Ruiz” desafía los postulados del feminismo y nos hace interrogarnos acerca de la

construcción de teorías feministas desde Argentina y respecto a las mujeres indígenas de los pueblos originarios que habitan dentro del territorio del Estado nacional. Creo que el enfoque para un entendimiento “intercultural” de los derechos humanos de la mujer indígena –en términos de Boaventura de Sousa Santos (1995)- es la escucha de la mujer real y concreta situada en su comunidad.

En nuestro país son muchos los recorridos feministas realizados que principian un pensamiento y una praxis argentina sobre la temática. La voz de las mujeres argentinas es escuchada por todos los movimientos feministas del mundo y el hecho de que resuene con tanta potencia tiene una explicación: las protagonistas de “Ni una menos” y la campaña por la “Educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal, seguro y gratuito para no morir”, son nietas y bisnietas de una lucha que se remonta al siglo XIX. En la bibliografía se citan algunos escritos que constituyen una plataforma de acción para una variedad de trabajos en nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP en sus tradicionales funciones –docencia, investigación y extensión- pero deconstruidas a la luz de estos desarrollos.

Como cierre para este ensayo me gustaría expresar que los feminismos argentinos se encuentran o se encontraban en la cresta de esta cuarta ola. Sin embargo, no estamos en el mismo mar ni en la misma tabla. En estos tiempos de pandemia, donde todo es agobiante y contradictorio, parecería que todas las luchas conquistadas han quedado en stand by. Parecería que ha transcurrido una eternidad desde aquel 8 de marzo de este año, que con las compañeras de la Red de Profesoras de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, salimos a las calles abrazadas y con pañuelos verdes y violetas. Por momentos siento -en esta contradicción y falta de perspectiva en la que vivo-, que el panorama en torno a las conquistas de los feminismos ha empeorado. La cuarentena obligatoria coloca en una situación de doble vulnerabilidad a las mujeres y a les niñas causando “la otra pandemia”. ¿Qué pasa con las mujeres

y niños que comparten la cuarentena con sus abusadores? La “pandemia del hambre” que conlleva a la angustia de un día a día en el que ya no hay comida en la mesa ¿Qué pasa con los que viven hacinados en viviendas precarias o los que ni siquiera tienen un techo? Hay días que me aflora un morbo incontrolable y paso horas mirando las noticias para ver cuántos fueron los infectados y muertos del día. Otros días, pienso que todo es una broma absurda, una pesadilla. Como en la metamorfosis de Kafka, me despierto como Gregorio Samsa convertida en una monstruosa insecta –esta vez, cibernética-. Me enfrento a un mundo nuevo intensamente tecnológico que me oprime y que me borra. Varias veces intenté concentrarme para cerrar una idea para este ensayo, tratando de mantener la calma en esta realidad incierta donde la mayor preocupación es mantener la salud de nuestros familiares y amigos (muchos en las trincheras por pertenecer al sistema de salud y otros vulnerables por ser adultos mayores y con enfermedades preexistentes). El home working constante, las reuniones de zoom, el canal de YouTube, las cátedras virtuales, las aulas web y las mil plataformas a las que tenemos que acceder todos los días, me impiden encontrar ese punto firme de reflexión en un contexto donde caen todas mis convicciones. Una abogada y docente de Derecho debería poder interpretar la realidad o intentarlo al menos. Sin embargo, se me hace imposible proyectar más allá del día presente, cuando no se sabe a ciencia cierta cuándo finalizará esta pandemia. Imposible construir una conversación cultural en un entorno que no está apropiado de la identidad y que está invadido de pantallas, plataformas y aplicaciones virtuales. Me doy cuenta del privilegio que tengo de confinarme en la virtualidad y me avergüenzo...

IV. Bibliografía

Alcaraz, Florencia (2017) ¿Una nueva ola del feminismo? En línea en: <https://notasperiodismopopular.com.ar/2017/02/22/nueva-ola-feminismo/.com>

- Amorós, Celia (1990) “El feminismo: senda no transitada de la Ilustración” en *Isegoría. Revista de Filosofía moral y política*. Nº 1. Madrid
- Amorós, Celia (2005) *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias para las luchas de las mujeres*. Editorial Cátedra. Madrid.
- Aristóteles (1988) *Política*. Editorial Gredos. Barcelona
- Bauger, Erika Silvina (2019) “Perspectiva de géneros y feminismos jurídicos en la enseñanza del derecho” en *Derechos En Acción*. Nº 11. En línea en: <https://doi.org/10.24215/25251678e277>
- Benhabib, Seyla (2006) *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global*. Editorial Katz. Buenos Aires
- Bessis, Sophie (2002). *Occidente y los otros*. Editorial Alianza. Madrid
- Bidaseca, Karina (2011) “Mujeres blancas buscando salvar a mujeres color café: desigualdad, colonialismo jurídico y feminismo postcolonial” en *Andamios*. Nº 17. CDMX. En línea en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632011000300004
- Biswas, Andrea (2004). *La tercera ola feminista: cuando la diversidad, las particularidades y las diferencias son lo que cuenta* Editorial Universidad Autónoma Metropolitana. CDMX. En línea en: <http://www.difusioncultural.uam.mx/revista/sep2004/biswas.pdf>
- Boaventura De Sousa, Santos (1995) “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, en *Toward a new common sense, Law, science and politics in the paradigmatic transition*. Editorial Routledge. Nueva York.
- Bohman, James (1998) “The Coming of Age of Deliberative Democracy” en *The Journal of Political Philosophy*. Nº 4. New York
- Briones, Claudia (2005) *Cartografías argentinas. Políticas indígenas y formaciones provinciales de alteridad*. Editorial Antropofagia. Buenos Aires.
- Butler, Judith (1999) “Sujetos de sexo/género/deseo” en *Gender trouble. Feminism and the Subversion of Identity*. Editorial Paidós. Barcelona.
- Carabajal, Mariana (2007) “La dirigente wichí que acusa a la Corte salteña por discriminación. En línea en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-87477-2007-07-02.html>

- Cobo, Rosa (2015) “El feminismo contra las políticas neoliberales”. En línea en: https://www.eldiario.es/zonacritica/feminismo-politicas-neoliberales_6_375922427.html
- Costa Wegsman, Malena (2011) “Críticas del Derecho y feminismos jurídicos” en *II Jornadas del Centro Interdisciplinario de Investigaciones en Género*. La Plata. En línea en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.4893/ev.4893.pdf
- Davis, Angela (1981) *Mujeres, raza y clase*. Editorial Akal. Madrid.
- Díaz Barriga, Ángel (2005) *El docente y los programas escolares. Lo institucional y lo didáctico*. Editorial Pomares S.A. Barcelona.
- Elster, Jon (1988). *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*. Editorial Península. Barcelona.
- Femenías María Luisa (1988) “Mujer y jerarquía natural en Aristóteles” en *Encuentro Internacional de Filosofía y Feminismo*. UNAM. En línea en: <http://www.hiparquia.fahce.unlp.edu.ar/numeros/voli/hiparquiav1a1>
- Femenías, María Luisa (2000) *Sobre sujeto y género. Lecturas feministas desde Beauvoir a Butler*. Editorial Catálogos. Buenos Aires.
- Femenías, María Luisa y Vidiella, Graciela (2017) “Multiculturalismo y género. Aportes de la democracia deliberativa” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*.
- Foucault, Michel (1966) *Las palabras y las cosas*. Siglo XXI Editores. CDMX
- Foucault, Michel (1981) *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores. CDMX
- Foucault, Michel (1982) *Historia de la sexualidad 1. La voluntad del saber*. Siglo XXI Editores. CDMX
- Freedman, Jane (2004) *Feminismo ¿unidad o conflicto?* Editores Narcea. Barcelona
- Giddens, Anthony (1999) “Riesgo y responsabilidad” en *The Modern Law Review*. N° 62. New York.
- González Vázquez, Araceli (2013) “Los conceptos de patriarcado y androcentrismo en el estudio sociológico y antropológico de las sociedades de mayoría musulmana” en *Paper* N° 3. Collège de France/EHESS. Laboratoire d’Anthropologie Sociale.
- Guerra Palmero, María (2011). “La mujer-filósofo o la más “antinaatural” de las criaturas. En torno a Simone de Beauvoir y a su

- obra *El segundo sexo*” en *Revista Valenciana. Estudios de Filosofía y Letras*. N° 7: enero-junio 2011, pp. 131-146. En línea en: <http://www.revistavalenciana.ugto.mx/index.php/valenciana/article/view/229>
- Guha, Rahanit (2002) *Las voces de la historia y otros estudios subalternos*. Editorial Crítica. Barcelona
- Hernández Castillo, Aída (2003) “Re-pensar el multiculturalismo desde el género. Las luchas por el reconocimiento cultural y los feminismos de la diversidad”. En *Revista de Estudios de Género*. N° 18 Universidad de Guadalajara. En línea en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88401803>
- Lerussi, Carla y Costa, Malena (2018). “Los feminismos jurídicos en Argentina. Notas para pensar un campo emergente a partir de la década de 1990” en *Rev. Estud. Fem.* N° 1. En línea en: <http://dx.doi.org/10.1590/1806-9584.2018v26n141972>
- Mastrodoménico, Isabel (2018). *Las feministas queremos. 12 respuestas claras a la pregunta: “pero... ¿qué más quieren las feministas?”*. Editorial Lo que no existe. Barcelona
- Moller Okin, Susan. (1989). *Women in Western Political Thought*. En línea en: <https://es.scribd.com/book/232956423/Women-in-Western-Political-Thought>
- Moller Okin, Susan (1999). “¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres?”, en *Is Multiculturalism Bad for Women?* Editorial Princenton University Press. Princeton
- Olsen, Frances (1990). “El sexo del derecho” en *Identidad femenina y discurso jurídico*. Editorial Biblos. Buenos Aires.
- Palmer, John (s/f) “La comunidad está de duelo por la muerte simbólica de Fabián”. En: <http://www.delorigen.com.ar/john.htm>
- Palmer, John (2005). *La buena voluntad wichí. Una espiritualidad indígena*. En línea en: <https://vimeo.com/128680532>
- Piccone, María Verónica (2018). “Filosofía, política, justicia y género. Aproximación al pensamiento de Platón y Rousseau en torno a las mujeres” en *Redea. Derechos en acción* | Año 3 N° 6. La Plata.
- Platón (1988) *República*. Editorial Gredos. Barcelona
- Quijano, Anibal (2000), “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en *La colonialidad del saber: eurocentrismo*

y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas. Editorial CLACSO Buenos Aires-Caracas.

- Ramírez, Silvina y Carrasco, Morita (2012). *Cuando se juzga a un indígena se deben respetar ciertas diferencias para honrar el principio de igualdad*. En línea en <https://www.palermo.edu/derecho/noticias/indigenas.html>
- Salih, Sara (2002). *Judith Butler*. Routledge. En línea en: <https://www.worldcat.org/title/judith-butler/oclc/994596758?referer=di&ht=edition>
- Santa Cruz, María Isabel (1999) *Justicia y Género en Platón*. En línea en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.5480/pr.5480.pdf
- Segato, Rita Laura (2004). “Antropología y Derechos Humanos: alteridad y ética en el movimiento de los derechos universales”. En *Serie Antropología* N° 356. San Pablo
- Tarducci, Mónica (2013). “Abusos, mentiras y videos. A propósito de la niña wichi” en *Boletín de Antropología y Educación*. Año 4 - N° 05. Buenos Aires
- Viveros Vigoya, Mara (2016). “La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación” en *Debate Feminista*. N° 52.

SECCIÓN ESPECIAL DERECHO CRÍTICO



entre sábanas incorrectas
de la boca le salen
una serie de palabras sinceras
dice
que para él
soy una tigresa siberiana
honestamente jamás creí merecer ese título
pero bajo los ojos de un padre pueden suceder cosas
impensables
escribe su biblia
y yo lejos de creer en dioses
tardo meses en tocarla
no porque no lo desee
sino porque le temo
a la realidad con la que me encuentre
su religión no es poca cosa
habla del verbo amar
de máquinas de escribir y trayectorias
no es
poca
cosa
mientras tanto observo atónita
la verdad de un sincero querer
lo tomo de la mano
me lo guardo en pecho
para siempre mío
para siempre nuestro

Autora: *Emilia Ferrero*

Ilustración de portada: *Juan Manuel Páez Laso*

La violencia institucional como violencia de género: El espectáculo mediático y el caso irlandés

*Institutional violence as gender violence:
The media spectacle and the Irish case*

José María Maitini¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Jéssica Belén Gizzi²

Universidad Siglo XXI - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 681-689

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e438>

Recibido: 01/07/2020

Aprobado: 15/09/2020

I. Violencia institucional: marco teórico

La violencia de género también se manifiesta como violencia institucional dentro del entramado estatal. Este tipo de violencia es contemplado en nuestro plexo normativo de leyes y convenciones. *La Ley de Protección Integral a las mujeres* (2019) contempla en su art. 4: “Se entiende violencia contra la

¹ Profesor en Letras y Abogado por la Universidad Nacional de La Plata. Asesor Legal Instituciones Educativas del Alto Valle y desempeño en la actividad privada penal. Corrector de Revista de *Derechos en Acción* de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata. Email: josemaitini@hotmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0866-682X>).

² Abogada. Integrante del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Río Negro, Jefe de Despacho de Fiscales, Fiscalía Descentralizada de la Ciudad de Cinco Saltos, Río Negro. Email: jessicaa.09@hotmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3542-9494>).

mujer como toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. *Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes* [el resaltado es nuestro]. La *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* también profundiza el concepto en su art. 2: “una de las formas de violencia física, sexual o psicológica es aquella *perpetrada o tolerada por el Estado*, donde quiera que ocurra” (Asamblea General Naciones Unidas, 1993).

La *Convención de Belem do Para* (1994), por otro lado, incluye en su art. 2, inc. “c” la violencia “ejercida por el Estado o sus agentes donde quiera que ocurra”. Y aclara especialmente en su capítulo III, art. 7, inc. “a” como deber del Estado: “abstenerse de cualquier acción o práctica contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal, instituciones se comporten de conformidad con esta obligación” (Organización de los Estado Americanos, 1996). A nivel nacional, la Ley de Protección Integral a las Mujeres establece en su art. 2 “prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos” (Congreso de la Nación, 2009)

En torno a la jurisprudencia internacional en torno a la temática, creemos importante resaltar dos hitos donde la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* aplicó *Convención de Belem do Para*. En la primera, en el caso *Maria Da Penha contra Brasil*, afirmaron que “la violencia forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado” (CIDH, 2001) luego de que la víctima denunciara constantemente violencia doméstica de parte de su marido. En un segundo caso, *Gonzalez y otros contra México*, anunciaron que “el Estado no dispuso los medios adecuados para luchar contra los estereotipos de género y éste sería una de las causas y consecuencias de la violencia”. Y agregaron también: “*el*

Estado es cómplice [el resaltado es nuestro] muchas veces con el crimen cuando en realidad debe ser el garante primero de la igualdad” (CIDH, 2009). La Corte Interamericana condenó como responsable al Estado Mexicano por las faltas de diligencias en las investigaciones del asesinato de tres mujeres, sus cuerpos encontrados en un campo algodonero de la ciudad de Juárez un 06 de Noviembre de 2001.

El marco teórico nacional e internacional, como se puede observar, es muy preciso en cuanto a la responsabilidad estatal cuando de cuestiones de género hablamos. Sin embargo, a pesar de estos fallos orientadores, guías, estos *leitmotivs* jurisprudenciales y normativos, los casos de violencia institucional como violencia de género se siguen perpetrando. Veamos.

II. Problemática puntual de *R.P.* en Cipolletti, Rio Negro

Establecido el marco teórico, pasemos al hecho puntual. Escribimos desde la ciudad de Cipolletti, Provincia de Rio Negro. A fines del año 2019 en esta ciudad se llevó adelante una primera parte del juicio al ginecólogo Lastra por no cumplir con sus deberes como profesional (art. 248, Capítulo IV Código Penal). No estaba inscripto en la lista de “Objetores de Conciencia” y se negó a interrumpir un embarazo producto de una violación previa declaración jurada de la víctima.

R.P. sufrió violencia médica al ser negada en su derecho a abortar; violencia obstétrica por haber sido medicada sin darle explicaciones ni argumentos; y violencia institucional porque el Estado, arropado de cómplice y revictimizándola, le negó sistemáticamente — en dos hospitales públicos distintos— el derecho a practicar aborto cuando la misma víctima había insistido —una y otra vez— que fue ultrajada en su integridad sexual.

Todos lo sabemos: el aborto no es punible frente a violación. No sólo porque lo permite el código penal (art. 86 inc.2) sino también por lo ya establecido en el más que conocido caso *FAL* (2012). Se suma a eso también el “Protocolo para la Atención

integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo” del Ministerio de Salud del año 2015 y, en el caso de nuestra provincia, la Ley Ley N° 4796, Ley de Atención Sanitaria en casos de Abortos no punibles. Y también otra cosa tenemos clara también: un médico puede ser objetor de conciencia, pero la institución en sí misma tiene el deber de garantizarlo.

El ginecólogo fue condenado penalmente por no practicar aborto cuando hubo violación. *R.P. afirmó* ser violada, quería abortar y, a pesar de todo, no pudo porque Lastra se lo negó. Y para no practicar el aborto se apeló a los argumentos más insólitos: no se hizo porque se buscó “preservar su salud”, porque “no sabía que había sido violada” y porque “la violación no se había constatado”. Y peor aún: el ginecólogo le exigió un informe psiquiátrico por todos sus dichos. Albert Camus tenía una frase muy atinada en cuestiones como esta: “*la necesidad de tener razón: señal de espíritu vulgar*”.

Diarios, televisión, radio, marchas, opiniones en bares patagónicos... todos se hicieron eco del caso y cada ciudadano ofrecía su punto de vista inducido por los medios que “orientaban” posturas para uno u otro lado de esta grieta de Género. Los medios buscaron atraer espectadores, ofreciendo un espectáculo del ultraje, como suele suceder en el caso de la violencia contra la mujer. Mejor aclarado en palabras de Rita Segato:

Se glamoriza en el sentido de que se transforma en un espectáculo. Se repite el hecho, se lo analiza, se busca detalles, sin ningún cuidado para el mimetismo que producen en la gente. Los medios están con una deuda con la sociedad (...) Y no hay voluntad mediática por ver cómo se va a tratar la cuestión de la ofensa sexual y al ofensa letal contra las mujeres (...) Debería haber un debate entre editores, profesores de comunicación, dueños de periódicos, dueños de canales de televisión, psicólogos sociales. Un debate mucho mayor sobre cómo se muestran estos fenómenos a la sociedad, de manera de informar sin promover, sin contagiar (Rita Segato, 2019).

En el caso de *R.P* no existió posibilidad de que no se promueva, de que no se contagie, una postura que no la revictimizara cada vez que los medios aludían a ella. El psicólogo de *R.P.* llegó a pedir un “bozal legal” al propio ginecólogo. Pero a *R.P.* no le practicaron aborto sino todo lo contrario: le hicieron tener al hijo, lo dieron en adopción y existió grupos que celebraron (aquí, por estas zonas de la Argentina) que se había preservado la vida de una persona nacida como producto de una violación. Como afirma Shakespeare (2012) en el *Mercader de Venecia*: “Muchas veces el mismo demonio, para disculpar sus maldades, cita las sagradas escrituras a su favor si vienen bien a sus propósitos”.

Lo que ha sucedido en Cipolletti, Provincia de Río Negro, nos sirve para construir crítica acerca de lo obvio, lo elemental, que muchas veces se olvida: *ante violación el aborto no es punible*. ¿Y si no hay violación, puede abortar? Esto es lo que se debatió durante todo el 2019 en el Congreso y esperemos que este 2020 se vuelve a debatir. ¿Y si no hubo violación pero miente e igual quiere abortar? Esto ya se pensó en el caso FAL: el riesgo a que alguien mienta no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo del legítimo derecho. “*Pero entonces... ¿miente sin ningún tipo de pudor y aborta?*” preguntará algún lector desprevenido. Previa declaración jurada, sí. Por supuesto. Puede resultar escandaloso, pero debemos comprender que abortar no es ir a comprar golosinas al kiosco.

Quizá algún desprevenido se atreva a preguntar, en un ámbito de confianza, en un ámbito de amistades o familiar: “*Pero... ¿Por qué tardó tanto en denunciar la violación?* ¿Por qué tardó 5 meses como efectivamente pasó? Y esa pregunta quizá la contestamos con otra: ¿con qué falta de comprensión y de humanidad uno se anima a preguntar eso, indicando cómo reaccionar, como responder, a quién acudir y cómo, ante el dolor ajeno?

El debate sobre interrupción voluntaria del embarazo, la temática, nos presenta, a priori, dos males: interrumpir la vida o

una maternidad forzada. En Cipolletti, en este hecho puntual a fines del año pasado, gran parte el sector cristiano defendió la vida (inclusive si esa vida fue producto de una violación. Sí: el sector cristiano pareció olvidarlo); por otro lado, el sector laico se proclamó en contra de la maternidad forzada.

Lo que primero que nos preguntamos es: ¿se escuchó a la mujer? ¿se escuchó a *R.P.*? Siempre hay que escuchar a la mujer y sus razones y aquí no se hizo. Todo lo contrario: la mandaron a realizarse un informe psiquiátrico. Como afirmó Diana Maffia en el debate sobre el Aborto en el Congreso:

Las mujeres somos capaces de gestar, de parir, de amamantar, pero esa capacidad no puede transformarse en una obligación. Tenemos el derecho a una maternidad deseada y no el deber de una maternidad forzada. Un embarazo deseado coincide con la voluntad procreacional, y el Estado está obligado a garantizar el respeto a ese proyecto vital. Un embarazo forzado es cuando no hay voluntad procreacional, o cuando hay obstáculos que nos dañan, y se evalúa entonces su continuidad o interrupción; y la persona gestante es quien debe decidirlo y debería tener derecho a interrumpirlo respaldada por el Estado (Maffia, Diana, 2018).

La pregunta que también nos hacemos, entonces, es la siguiente: ¿cómo preservar la vida sin obligar a continuar el embarazo? ¿Es justo obligar a soportar algo no deseado?

El derecho comparado nos esclarece la problemática. De 28 países que componen la Unión Europea, 22 permiten la interrupción voluntaria sin restricciones en cuanto a la razón, aunque con diferentes plazos de gestación (Olivia Sohr y Martínez Lucía, 2018). Gran Bretaña, por poner un solo ejemplo, permite el aborto por causales económicas. Sí: no tener plata es razón suficiente para acceder al aborto. Y, paradójicamente, son los países que tienen la interrupción voluntaria del embarazo los que menos abortos tienen.

Estamos convencidos que la única solución al dilema del aborto la tiene la propia mujer, dueña de su cuerpo y vida.

Y también nos planteamos: ¿es posible que se reconozca una vida (al embrión) pero que se rechace otra (la mujer)? Sin querer entran en debate en cuanto al número, pero sabemos que muchas mueren por prohibirse la práctica. Y también entonces allí, en ese silencio poco inocente social, estamos rechazando vida. Como afirma Bauger (2019) en “Perspectiva de género y feminismos jurídicos en la enseñanza del derecho”: puede hablarse de una auténtica *ausencia de habeas corpus* para las mujeres mientras no se les reconozca plena responsabilidad en orden a la procreación (p. 308).

El debate religioso-laico acerca de la interrupción voluntaria del embarazo tiene una esperanza, creemos, con el caso del país de Irlanda. Si Irlanda fuesen diez personas, ocho son católicos. Si Irlanda fuesen diez personas, en 2018 casi siete se proclamaron a favor del aborto hasta las doce primeras semanas sin motivo, previa visita médica. ¿Es un problema, entonces, el ser católico? ¿es un problema, entonces, la religiosidad en términos amplios? Quizá en algunos casos sí, puede ser un obstáculo. Pero en el caso de Irlanda no lo fue. Al menos no es problema para los irlandeses: Dios y el Aborto no parecen incompatibles para ellos. Pero el caso de nuestra región — el caso de *R.P.* — ni siquiera remite a voluntad sin daño: remite a violación. ¿Por qué tanto se generó tanto debate entonces? ¿Por qué se generó tanto revuelo? ¿No será acaso, como afirma Segato, que se glamoriza tanto la violencia, se construye tanto su espectáculo, que nos impide como sociedad el pensamiento crítico? Debemos entender que el problema del aborto es un problema de salud pública y también es un problema reconocimiento de tortura. Tortura también es que una mujer no pueda decidir sobre su propio cuerpo.

III. Reflexiones Finales

Debemos educar, prevenir, no criminalizar y respetar. Educar y prevenir para llegar antes. No criminalizar porque haciéndolo se consigue sólo muerte o tortura. Y, necesitamos también

el respeto de todos los actores sociales, el respeto por el que piensa diferente. Respetándonos construimos comunidad, que es lo que nos falta para aceptar sufrir este debate. La unidad en este tema creemos que no es uniformidad. Sino que es *unidad en lo diverso*. En este caso como hacen los irlandeses: creer en Dios y en la interrupción voluntaria. Al mismo tiempo. En un mismo conflicto. Irlanda tiene algo de la clave: la unidad en lo diverso. Allí sí se asumió el conflicto.

Y debemos admitir que la mujer — y ningún Dios— es la única legitimada para decidir sobre su cuerpo. Con un Estado que lo garantice. Con mecanismos institucionales que estiren el manto protector garantizador de estas políticas. Y educando y respetando: única dos maneras luchar contra la violencia en todas sus manifestaciones y por una efectiva igualdad de derechos.

Y también debemos dejarlo claro: nadie está a favor de la muerte. Por eso creemos que es engañoso el lema “salvemos las dos vidas”. Se suele decir que la única verdad es la realidad y ésta realidad que tenemos demuestra que el Código Penal no previene el aborto ni reduce los que se practican: sólo produce que las más pobres sean sometidas a los riesgos más altos.

Y como ha dicho Fabián Savioli en el Plenario de Comisiones acerca de la legalización del aborto: *“justamente porque somos más “pro vida” que nadie creemos en la interrupción voluntaria del embarazo”*

Bibliografía

- Bauger, Erika Silvina (2019). “Perspectiva de género y feminismos jurídicos en la enseñanza del derecho” en *Revista Derechos en Acción*, N° 11 Otoño, Año 4, Universidad Nacional de La Plata, Argentina. En línea en: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/7540/6718>
- Savioli, Fabián (2018). “Exposición de Fabián Savioli”. En *Campaña Nacional para el Aborto Legal*. Martes 22 de Junio de 2018. En línea en: <https://www.youtube.com/watch?v=MLfBhle3tws>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001). “Maria da Pehna”. Informe N° 54/01. En línea en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>
- Congreso de la Nación (2009). *Ley Nacional de Protección Integral a las Mujeres* (Ley 26.485). En línea en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>
- (1984). *Código Penal. Ley 11.179*. En línea en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/textact.htm>
- Organización de los Estados Americanos (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Departamento de Derecho Internacional. En línea en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Inter-American Court of Human Rights. En línea en: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=347&lang=es
- Maffia, Diana (2018). “Para aportar al debate sobre el Aborto”, 01 Junio 2018. Comisión Cámara de Diputados del Congreso de la Nación. En línea en: <http://dianamaffia.com.ar/?p=12334>
- Naciones Unidas Derechos Humanos (1993). *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. En línea en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>
- Olivia Sohr y Martínez Lucia (2018). “Debate Aborto: chequeos a los argumentos a favor y en contra (II)”. en *Chequeado*. En línea en: <https://chequeado.com/ultimas-noticias/debateaborto-chequeos-a-los-argumentos-a-favor-y-en-contra-ii/>
- Shakespeare, William (2012). *El Mercader de Venecia*. Edición Libro de Bolsillo. 01° Edición. Editorial Alianza. Madrid.
- Segato, Rita. (2019): “Los femicidios se repiten porque se muestran como espectáculos”. Entrevista exclusiva en *Diario La Mañana del Neuquén*. En línea en: <https://www.lmneuquen.com/rita-segato-los-femicidios-se-repiten-porque-se-muestran-como-un-espectaculo-n649114>

Ser o no ser. Reina Maraz ante la (in) justicia

To be or not to be. Reina Maraz before (in) justice

Paola Colombaro

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 690-713

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e439>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

*Y entonces, coléricos, nos desposeyeron, nos arrebataron lo
que habíamos atesorado: la palabra, que es el arca de la memoria.*

(Castellanos, 2014, 5)

*Reina no dice “estoy triste”; dice song’oy nanahuan: a mí me
duele mi corazón. (Arens, 2015)*

I. Puntos de partida

El estudio que aquí se presenta se basa en el análisis crítico de la sentencia que condenó a cadena perpetua Reina Maraz Bejarano (en adelante RM) por el delito de homicidio agravado por el vínculo, para referirme luego a la sentencia que la absolvió.

El desafío que asume este trabajo no radica en pensar la inocencia o culpabilidad de Reina, sino en poner de manifiesto la necesidad de mirar el sistema judicial a través de un abordaje epistemológico que contemple la pervivencia de una matriz colonial de poder. Es ética y políticamente urgente la elaboración de políticas de acceso a la justicia con miras a visibilizar las múltiples situaciones de desigualdad, violencia y opresión que enfrentan los sujetos en sus vidas y que atraviesan sus

prácticas y experiencias, por dentro y por fuera del Estado. En pos de ello es que se busca en la caja de herramientas teórica y metodológica otras miradas que permitan dar cuenta esa invisibilización, legitimada y reproducida desde el Estado. Las teorías feministas y decoloniales junto con las múltiples relaciones y entrecruzamientos que nos brinda el estudio del derecho en su dimensión discursiva, abonan este camino.

Para ello, me referiré en primer lugar a una pequeña biografía de Reina Maraz y su vivencia con la administración de justicia argentina. Me propongo relacionar la sentencia condenatoria con el concepto de “violencia moral” de Rita Segato, contraponiéndola con la absolutoria y la posibilidad (o no) de vislumbrar cierta eficacia simbólica en la absolución. Luego buscaré aterrizar en el estudio “Cuerpo/Cuerpos” de Alicia Ruiz, en el cual reflexiona sobre la maquinaria de la institución jurídica sobre los cuerpos, me guiará la pregunta sobre qué hacemos en y con el cuerpo de Reina, privada de su libertad durante 6 años por el accionar del sistema judicial, qué hacemos en y con el cuerpo de su hija nacida en cautiverio, qué hacemos en y con el cuerpo de su hijo de 5 años sometido a declaraciones de cuestionada legalidad.

Este estudio buscará exponer y problematizar que colonialismo del sistema judicial argentino se puso de manifiesto al encenderse la maquinaria penal contra Reina Maraz. Por colonialismo me refiero a la pervivencia de la matriz colonial del poder en América Latina que se tradujo en la producción y reproducción de lógicas de dominación de género, sexual, racial y clasista (Castro-Gómez y Grosfoguel, 2007, 100). El punto central de este enfoque ha sido la localización geopolítica y corpo-política del sujeto que habla/enuncia en las coordenadas del poder global. En esta localización, el género, la etnicidad, la raza, la sexualidad y la clase social resultan componentes claves de la epistemología y la producción de conocimiento.

El análisis del caso de Reina brinda herramientas para reflexionar sobre las dimensiones del orden patriarcal, racista y colonial que pervive en la configuración de las prácticas sociales,

estructura el accionar del sistema judicial y se expresan en la figura de un sujeto subalterno imposibilitado de “hablar”, pero no porque sea mudo, sino porque no cuenta con un espacio de enunciación (Bidaseca, 2011, 68), RM no podía comunicarse ni comprender el castellano sin embargo no contó con intérprete durante la mitad del proceso (3 años). Entonces, el sistema de administración de justicia, que no “escuchar” ni “ver” a la sujeta subalternizada, le niega el acceso a la justicia y la silencia en la posibilidad de defensa.

Respecto de los textos normativos, la imposibilidad de comunicarse en el propio idioma, en términos de derechos humanos, tensiona y contradice el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas, ratificado por el Estado en el año 2000. De acuerdo al Convenio, “el derecho al uso del propio idioma es un corolario del principio de la igualdad entre los pueblos”, asimismo no se debe soslayar el reconocimiento constitucional de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios, art. 75 inc. 17 de la CN, con todo lo que de allí se deriva. Aun contando con el valioso reconocimiento normativo, el mismo parece insuficiente. Por lo que se trata de pensar críticamente qué voces son escuchadas y se encuentran autorizadas para “hablar” en la esfera de la política y del derecho, reconociendo que en ese “hablar” y ser escuchados se juega no solamente el acceso a derechos, sino la subjetivación, el sello que liga lo humano y jurídico, la humanidad que el derecho tiene la virtualidad de conceder.

Dependiendo de cómo definamos el derecho, va a asumir la teoría jurídica, diversas características. Es este estudio se adscribe a una concepción crítica del derecho que lo considera una práctica social específica de carácter discursivo, que expresa los acuerdos y las tensiones que tienen lugar en una formación social determinada (Cárcova, 2012). Desde este entendimiento, la teoría jurídica se ocupa de analizar la manera en que se configuran dichas prácticas sociales y qué define su especificidad, el carácter performativo del discurso jurídico y la construcción de sentidos jurídicos; así como las condiciones de posibilidad que

dan lugar a tales consensos y conflictos, los elementos discursivos y extradiscursivos que construyen su legitimidad, los sujetos al/de derecho, las relaciones de poder y resistencia y el rol de la género, el sexo, la raza y la clase en este entramado relacional complejo. En tanto praxis social, se considera que el derecho es un campo de batalla y las relaciones de resistencia no son externas a las relaciones de poder (Foucault, 2002) por lo que hay espacios de construcción de disidencias y de institución de contraconductas hacia adentro del dispositivo. A partir de este marco conceptual se propone leer y comprender el caso en estudio, en particular el paso de la condena a la absolución de RM, así como las discursividades intervinientes y la prevalencia de unas narrativas judiciales sobre otras.

II. De la condena a la absolución. Discursos y narrativas judiciales intervinientes

Reina Maraz es una mujer oriunda de la localidad rural de Avichuca, Sucre, Bolivia, perteneciente al Pueblo Kichwua, y se comunica a través de su lengua materna, el quechua. Una madrugada de noviembre de 2010, su marido, Límber Santos, desapareció luego de una pelea con su amigo y vecino Tito Vilcar, quien le dijo a Reina que su pareja se había ido. Dos días después ella denuncia la ausencia. Luego, en virtud de un allanamiento, el cuerpo fue encontrado enterrado en el campo donde se halla el horno donde trabajaban y Reina es acusada de homicidio y privada de su libertad, transitando un año encerrada sin poder comunicarse ni comprender por qué estaba alojada en la Unidad Penal n° 33 de Los Hornos, junto a su beba, nacida dentro de la prisión. RM fue detenida en el año 2010, a nueve meses de llegar a la Argentina, a la edad de 22 años. Desde su detención, habiendo pasado más de un año, nadie reparó en que no comprendía ni podía expresarse cabalmente en español¹

¹ Circunstancia expuesta en el informe técnico realizado por la Dra. Bidaseca, Karina, especialista en género y pueblos originarios, convocada por la Defensa y la CPM.

hasta que en diciembre de 2011 la Comisión Provincial por la Memoria² (CPM, en adelante) se entrevistó con ella en una de las visitas de monitoreo que realizó la unidad n° 33.

A partir de allí, desde la CPM se realizaron diversas acciones exigiendo al Poder Judicial que se garantice la presencia de intérpretes para todos los actos procesales que involucraran a RM. En esta etapa inicial desde la CPM se aportaron intérpretes mediante cuya intervención se le pudo explicar a RM de qué se la acusaba; recién en ese momento ella pudo contar por primera vez su versión de los hechos. A casi 3 años de su detención, en septiembre del 2013, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires le ordenó al Tribunal la designación oficial de los intérpretes propuestos por la CPM. Fue designada Frida Rojas para intervenir en todos los actos en los que RM participe. Así Reina tuvo su primer comparendo ante el tribunal, en el que le fuese explicado en su lengua materna lo que acontecía en la sala, pudiendo realizar preguntas y aportar información sobre su situación. Describió su condición de migrante, arribada a la Argentina pocos meses antes del hecho, y dijo ser víctima de una situación de violencia doméstica y sexual previa a los hechos por los que la juzgan, violencia que era ejercida, principalmente, por su marido, Santos, y un vecino, Vilcar, a quien señalan como su cómplice. Asimismo relató haber sido “ofrecida” por su pareja para que su vecino abuse sexualmente de ella, como pago de una deuda en dinero.

En el año 2013, le fue otorgada la prisión preventiva domiciliaria.

RM fue juzgada en primera instancia por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial de Quilmes (en adelante TOC n° 1), compuesto por tres juezas: Silvia Etchemendi,

² La Comisión por la Memoria (CPM) es un organismo público autónomo y autárquico que promueve e implementa políticas públicas de memoria y derechos humanos en la Provincia de Buenos Aires. La CPM fue creada por Ley Provincial N° 12.483 el 13 de julio de 2000, sus objetivos y líneas de trabajo expresan el compromiso con la memoria del terrorismo de Estado y la promoción y defensa de los derechos humanos en democracia. Recuperado de <http://www.comisionporlamemoria.org/>

Marcela Vissio y Florencia Gutiérrez. La sentencia data del día 11 de Noviembre de 2014 y resuelve condenar a Reina Maraz Bejarano, a la pena de prisión perpetua, por resultar coautora penalmente responsable de la comisión del delito de homicidio doblemente agravado por haber sido cometido con alevosía y para facilitar la comisión del delito de robo. El tribunal considera acreditado:

...que entre la noche del 13 de noviembre de 2010 y las primeras horas del día 14 de noviembre de 2010, L. S. V. se encontraba durmiendo en la pieza que compartía junto a su concubina y sus dos hijos, K. y F., ubicada en el interior del horno de ladrillos “El Chacho”, sito en las calles La Trilla y Araucano (...) de la localidad de La Capilla, partido de Florencio Varela. En esas circunstancias se presentó en la vivienda un sujeto de sexo masculino que se domiciliaba en una de las habitaciones contiguas, quien, junto con la mujer de S. V., aprovechando, ambos, el estado de indefensión en que éste se encontraba, y con el propósito de facilitar la sustracción del dinero que poseía, procedieron entre los dos a colocar en su cuello una toalla a modo de lazo con la que, ejerciendo fuerza, provocaron el estrangulamiento del mismo, ocasionándole la muerte por asfixia. Posteriormente, los agresores se apoderaron del dinero en efectivo que la víctima tenía en su poder y que estaba destinado al pago de una deuda, además de sustraerle los dos teléfonos celulares de su propiedad. Luego, lo ataron con un cable y cubriéndolo con una tela a modo de bolsa colocaron un palo en el nudo de ésta última en forma transversal para facilitar su traslado y, al menos los dos atacantes, llevaron el cadáver hasta un basural que existía en el mismo predio donde lo enterraron (ver fs. 32vta. y 33). (Tribunal Oral en lo Criminal N° 1, Departamento judicial Quilmes, Registro n° 189, 2014)

Apelada la sentencia del TOC n° 1 fue juzgada en alzada por la Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires (en adelante CCP). El fallo se dictó el 29 de diciembre del año 2016, por Ricardo R. Maidana y Mario E.

Kohan quienes dicen que “del análisis de las pruebas producidas en la causa e invocadas por el Tribunal se desprenden contradicciones innumerables, profundas, y graves que no permiten fundamentar la certeza” (Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala Sexta, Registro n° 627, 2016) respecto de la responsabilidad de RM en los hechos que se le imputan, por lo tanto, la absuelven. La sentencia quedó firme debido a que el fiscal ante la Cámara no presentó la apelación ante la Suprema Corte.

Para desarrollar el supuesto de que el fallo condenatorio expone el colonialismo del aparato judicial argentino, es necesario definir la categoría de raza, librado de concepciones biológicas, como un referente cultural de dominación. Rita Segato (2007) define la raza no como la pertenencia a un grupo étnico en particular, sino como marca de una historia colonial que continúa hasta nuestros días. En este sentido, la raza es un signo “por lo tanto, entender cuáles son los signos que se seleccionan, en cada contexto, para la definición de la no-europeidad, de la no-blancura, en el sentido estricto del no-poder, en una relación precisa de significante-significado, es la única forma de mantener la raza abierta a la historia, y retirarla de los nativismos fundamentalistas, esencialistas y anti-históricos.” (Segato, 2010, 31)

RM no podía ajustarse a los indicadores que muestran que allí hay una víctima, porque no responde a la idea de víctima, que es una categorización que, como todas, se performa culturalmente. Si brevemente volvemos a la relación de significante-significado, como la lingüística la ha entendido (Saussure, 2005), respecto del signo “víctima”, el significado sería la idea de víctima, figura donde RM no tiene representación, peor aún el significante que tiene un plano gráfico y un plano fónico, tampoco puede ser ocupado por RM/víctima, ya que su historia, su subjetividad y su voz, no se puede oír, es inaudible, ni se puede ver, es invisible.

El sistema de administración de justicia, por un lado, fue incapaz de atribuir el status de víctima a Reina, mujer indígena, migrante, pobre y analfabeta que no respondía a las

características tradicionales, propias de un sistema blanco, racista y patriarcal. De esta manera, se la presentó como “culpable”. Reina resultó objeto privilegiado de la actuación racista y autoritaria del Estado.

Ahora bien, partiendo de los estudios de género, es posible pensar como el Estado aparece a través del derecho para garantizar el control masculino sobre la mujer en todos los ámbitos (MacKinnon, 1995). Con Femenías (2009) es esclarecedora la comprensión de la violencia física como un emergente excesivo de la violencia simbólica y estructural que configura el orden patriarcal. Entonces el ejercicio de violencia física, el maltrato, la aplicación de crueldad aparece “cuando se sobrepasa un cierto umbral –tenuemente delimitado por la cultura, la clase, la base cultural y religiosa de sus miembros–, la violencia se manifiesta en toda su crueldad física sobre las mujeres.”

Me pregunto: ¿Cuál es el mensaje que las instituciones judiciales, policiales y penales, el poder administrador, graban a través del dispositivo jurídico en la mujer acusada? Es posible decir que la administración de justicia penal actúa reafirmando de manera institucional las violencias que RM, debido a su condición de mujer, pobre, migrante y racializada, había sufrido en la órbita familiar y local. La subordinación y violencias sufridas por RM en razón de su género, su condición de mujer, no obstante, parecen no dan cuenta totalmente de la especial situación de precariedad y desposesión en la que se hallaba. Que ni los jueces ni los fiscales hayan tenido en cuenta la cuestión del lenguaje y la imposibilidad de hablar y comunicarse de la acusada, se constituye como una violencia que tiene la virtualidad de constituir a RM como no-sujeto, negándole el habla y el derecho a narrar su historia, esta subordinación es particularmente intensa debido a la pertenencia étnica de RM. Entonces, su condición de mujer y su origen la minorizan doblemente.

La violencia moral según la entiende Segato, nos puede dar herramientas para entender el accionar de un sistema de justicia que encierra en una celda a RM, le imputa el homicidio de su pareja la había violentado sistemáticamente, la obliga a parir

privada de su libertad, pero también sistemáticamente le impide hablar y escuchar, defenderse, construye una muro ininteligible que le niega el acceso al mundo de lenguaje, da cuenta de esto que no le designara intérprete desde el 20 de noviembre de 2010 hasta el 5 de septiembre de 2013, entre otras innumerables formas de opresión que signaron el proceso judicial en la órbita penal.

La violencia moral es el más eficiente de los mecanismos de control social y de reproducción de las desigualdades. La coacción de orden psicológico se constituye en el horizonte constante de las escenas cotidianas de sociabilidad y es la principal forma de control y opresión social en todos los casos de dominación. Por su sutileza, su carácter difuso y omnipresencia, su eficacia es máxima en el control de las categorías sociales subordinadas. En el universo de las relaciones de género, la violencia psicológica es la forma de violencia más maquinal, rutinaria e irreflexiva y, sin embargo, constituye el método más eficiente de subordinación e intimidación. (Segato, 2003, 7)

En la intervención punitiva han sido rutinarios los procedimientos de crueldad ejercidos sobre la acusada. Primero por parte de las fuerzas policiales, la intervención judicial, la deficiente defensa que se le proporciona, pero la quizás la máxima crueldad se contenga en la imposibilidad de hablar. Luego, aunque se la haya escuchado, se la acusa de mendaz, reconfigurándose para refundar el estado “natural” de cosas, que la palabra de RM o no se oye, es inteligible, no tiene valor o es ilegítima. Parece que no solamente la violencia es invisible, sino el sujeto que la sufre es inaudible, o peor aún, su emisión sonora se considera un ruido, si recurrimos al diccionario, ruido proviene del lat. tardío *rugitus* ‘rugido’, ‘estruendo’, y la primera definición bridada es “Sonido inarticulado, por lo general desagradable”. (RAE, 2019)

En razón de lo anterior son esclarecedoras las referencias al racismo y sexismo, en tanto convergen para acentuar la dominación.

El paralelismo entre el racismo automático y el sexismo automático, ambos sustentados por la rutinización de procedimientos de crueldad moral, que trabajan sin descanso la vulnerabilidad de los sujetos subalternos, impidiendo que se afirmen con seguridad frente al mundo y corroyendo cotidianamente los cimientos de su autoestima, nos devuelve al tema del patriarcado simbólico que acecha por detrás de toda estructura jerárquica, articulando todas las relaciones de poder y subordinación. La violencia moral es la emergencia constante, al plano de las relaciones observables, de la escena fundadora del régimen de status, esto es, del simbólico patriarcal. (Segato, 2003, 12)

II.1. La producción de lo estrictamente jurídico

Considerar la historia narrada como una totalidad nos permite reflexionar sobre el modo en que los jueces y las juezas toman sus decisiones y las argumentan. Todo proceso judicial busca reconstruir un hecho del pasado y para ello arranca con una narración y las partes pueden/deben proceder a realizar un trabajo de configuración de un relato histórico. El broche de ser el relato como la historia judicial y procesal, lo va a dar la autoridad del juez.

Pensando con Duncan Kennedy (1999, 108) y frente a la pregunta ¿Cuál es la respuesta legal correcta? El profesor de Harvard dice que va a depender del juzgador, su ideología, su tiempo, su habilidad y también según sus propias predisposiciones. Es decir que intérpretes distintos experimentan libertad o restricción frente a las mismas preguntas. Podemos considerar, en este sentido, que la solución interpretativa a la que el Tribunal de primera instancia arriba, la condena de RM, como “la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar” (Kennedy, 1999, 95). O desde la perspectiva realista de Alf Ross, se puede considerar el mecanismo que utiliza el juzgador para revestir legalmente a una decisión tomada previamente y dice que para algunos filósofos del derecho:

...la sentencia es un silogismo. Los considerandos contienen las premisas; la parte dispositiva, la conclusión. En oposición a este punto de vista algunos estudiosos han sostenido (...) el juez toma su decisión parcialmente guiado por una intuición emocional y parcialmente sobre la base de consideraciones y propósitos prácticos. Después que la conclusión es establecida, el juez halla una argumentación jurídico-ideológica plausible para justificar su decisión. Por lo común esto no le será difícil. La variedad de las reglas, la falta de certeza de su interpretación, y la posibilidad de hacer construcciones diversas sobre los temas en debate, permitirán la: más de las veces que el juez halle un ropaje jurídico plausible para revestir su decisión. La argumentación jurídica contenida en los considerandos no es más que una fachada dirigida a hacernos creer en la objetividad de la decisión. (Ross, 2010, 70)

Desde distintas escuelas de pensamiento, partiendo de sus propuestas teóricas se puede ver que el proceso judicial que ha iniciado con la muerte de Santos ha convencido a las juzgadoras de una narración que tiene a RM por culpable, entonces la argumentación que funda su decisión parte de esa muerte para leer las condiciones iniciales y decir la verdad del proceso. En el proceso de Reina intervienen múltiples construcciones narrativas relevantes:

El testimonio brindado en la audiencia por el agente policial Sergio Eduardo Martínez, quien se encontraba a cargo de la seccional quinta de Florencio Varela, a la época del suceso. El funcionario policial expuso que la investigación del hecho se inició a raíz de una denuncia sobre la desaparición de una persona—la víctima, Limbert Santos Villca—, efectuada en la dependencia por la aquí acusada, respecto de la cual se encontraban llevando a cabo los diligenciamientos de oficio y demás medidas tendientes a procurar la ubicación del mismo.

El testimonio de Kevin, hijo de Reina y Santos, quien tenía cinco años al momento de los acontecimientos y seis años cuando se le toma declaración a través del dispositivo de la

Cámara Gesell³. El fiscal señala que el testimonio del niño es “completo, coherente y legítimo” dato por demás extraño tratándose no solo de un niño de corta edad sino, especialmente, del hijo de la víctima⁴. Según se desprende del voto de las juezas, el relato de este niño se escucha casi “independizado” de una serie de condicionamientos que son constitutivos de su propia subjetividad.

Un discurso que resulta totalmente soslayado y reducido a una reflexión teórica de especialistas en la materia⁵, es la biografía de Reina, así lo fueron también sus declaraciones, primero silenciada y luego acusada de mendaz. Como se explicitó, solo una vez se consiguió intérprete, Reina pudo conocer los motivos de su detención y también declarar por más de tres horas dando su versión de los acontecimientos.

Luego de estas apreciaciones, se sospecha que el discurso jurídico que emerge en las sentencias, producto jurídico final, debe su contenido a un proceso de producción que se despliega en un campo de producción semántico del discurso jurídico atravesado de relaciones de poder y de saber, así, la sentencia parece ser más el resultado de estas batallas que de la sola capacidad individual del juez de “operar” el material jurídico (Kennedy) o de las intuiciones emocionales del operador en conjunto con consideraciones y propósitos prácticos (Ross).

Con Marí (1982, 74) se considera que los discursos jurídicos se conforman a través de procesos de formación que no son armónicos, sino que los elementos y discursos que intervienen lo hacen a través de batallas, en relaciones de disputa y

³ Dispositivo que permite a los jueces y a los defensores escuchar el relato de las víctimas –en este caso, se trató del relato del niño en tanto testigo del hecho– desde una habitación contigua sin que éstas los vean. En una de las habitaciones, el menor debe responder a preguntas formuladas por un especialista –en este caso, este punto central no se respetó, dado que la entrevista fue conducida por la misma fiscal– y en la otra habitación, las juezas y los abogados escuchan lo que responde a través de un sistema de audio.

⁴ Se problematizará la noción de víctima.

⁵ Aludo al informe técnico realizado por la Dra. Karina Bidaseca, anexo al expediente judicial como prueba de las violencias que sufriera la acusada y de su historia de vida.

enfrentamiento. Frente a un caso judicial, diversas discursividades emergen desde el campo político, médico, científico, religioso, periodístico, entre otros, y convergen al proceso de formación del discurso jurídico. Luego, o son invisibilizados en el producto final a través de mecanismos que convierten estos discursos en jurídicos, o son descartados. Así, desde una perspectiva foucaultiana, el filósofo y jurista da cuenta del desajuste que se registra entre el proceso de formación y el producto jurídico formado. La ruptura, la distancia, la brecha, constata que es un proceso discontinuo; entonces no hay homogeneidad ni uniformidad en el discurso jurídico (Marí, 1982, 81).

En el caso en cuestión ha intervenido en su trama el discurso policial, la narrativa del fiscal, el testimonio del hijo de la víctima, la declaración de la acusada, el discurso de los peritos, el informe técnico de una cientista social, entre otros. Lo específico en el caso de RM, no es sólo la historia narrada que emerge sino también el modo en que ella aparece como ser-conocida de la historia jurídica y procesal. En la sentencia condenatoria las tramas que la enredaban se fusionan en un fallo que la desconoce al omitir la consideración de su “voz” y de su biografía personal. Dicho de otro modo, ella es conocida como victimaria debido a la concatenación del curso de acciones que deciden recortar las juezas, como narradoras de su historia jurídica y procesal.

Dice en su voto una de las juezas:

...el informe elaborado por la doctora Karina Andrea Bidaseca resulta ser, como allí consta, el relato de reflexiones teóricas e interpretaciones de la experta “a partir de las conversaciones mantenidas con Reina en el contexto de encierro”.

Desde el punto de vista que nos compete, *estrictamente jurídico*⁶ y llegada esta instancia, el sometimiento, la violencia sistemática y las necesidades que Reina Bejarano habría padecido a lo largo de su vida, expuestas en dicho

⁶ La cursiva me pertenece.

informe, (elaborado exclusivamente en base a entrevistas con la acusada), no encuentra ningún apoyo en otras probanzas.

De todos modos y aun suponiendo -pues no está acreditado-, que lo allí plasmado pudiera sea cierto, el señor defensor no ha explicado de qué modo tales padecimientos pudieron influir en el hecho que nos ocupa y que se le endilga a la acusada.

Estas razones, me llevan a la convicción de que Reina Maraz Bejarano comprende y puede expresarse perfectamente en el idioma castellano y que, con el argumento de que por su nacionalidad solo domina la lengua quechua, todo lo que ha pretendido durante este proceso es justificarse y eludir la responsabilidad que le cabe por el gravísimo hecho cometido en perjuicio de quien fuera su pareja, Limber Santos Villca. (Tribunal Oral en lo Criminal N° 1, Departamento judicial Quilmes, Registro n° 189, 2014, MP Marcela Vissio).

Esta profunda asimetría de poder, otorga entidad formal y conclusiva a la expresión judicial que recurre a la “sincera convicción” o a la “íntima convicción” para fundamentar sus decisiones, al mismo tiempo que niega toda capacidad probatoria a una afirmación, como la de Maraz, donde dice que no podía hablar ni entender cabalmente el español, que fue víctima de abusos sexuales y que nunca pensó siquiera en matar a su marido, acusada de incurrir en mendacidad. No solo el relato de la acusada es desestimado, sino también el informe elaborado por Bidaseca desechado por ser “el relato de reflexiones teóricas e interpretaciones” y ser ajeno al material que manipulan los operadores jurídicos, materia que ha sido llamada por la judicatura “estrictamente jurídica”. Emerge la pregunta de cómo funciona el tamiz que separa lo que es jurídico de lo que no lo es, de lo que auxilia, de lo que se anexa a “lo jurídico” o simplemente desaparece del producto jurídico final. Marí (1982) señala que entre el proceso de formación de la sanción jurídica y su producto final no hay continuidad ni homogeneidad sino ruptura. ¿Cuál es la regla de formación del discurso jurídico, que

al mismo tiempo entrelaza y criba otros discursos; los incorpora y expulsa a una de su dominio; los aplica y debilita; los integra y frustra; organiza su campo semántico con ellos y los desconoce acto seguido para lograr la identidad propia de su especificidad? Se hace patente su interpelación al caracterizar lo “estrictamente jurídico” para la jueza de primera instancia.

La CCP reconfigura la trama partiendo, aún desde el punto de vista jurídico desde un momento anterior, el cual es la historia personal de la condenada. Este inicio que la reconoce a la condenada en una especial lugar de vulnerabilidad, puede ser visto bajo la lupa de “la eficacia simbólica del derecho”, ya que parece haber una “sensibilidad ética” en el proceder de la alzada que es definida como sensibilidad al “otro” (Segato, 2007), a lo ajeno que representa RM.

En profunda disidencia, la Cámara que casa el fallo considera:

...pertinente efectuar algunas aclaraciones previas, puesto que nos enfrentamos a una causa en donde las condiciones personales de la imputada la ubican dentro de los denominados ‘grupos vulnerables,’ siendo que ésta pertenece a una comunidad indígena, es quechua parlante (ver fs. 390vta./391 – Informe de la Dra. Karina Bidaseca), víctima de violencia de género dentro del ámbito conyugal, analfabeta (fs. 60), y es inmigrante -con escasos recursos económicos- del Estado Plurinacional de Bolivia, lugar en donde habitaba en una comunidad cuyas diferencias estructurales, organizacionales y culturales son imposibles de obviar a los efectos de la presente.

En consecuencia, todo ello merece un tratamiento diferenciado y supone incorporar perspectivas específicas, tal como lo dispone la Constitución Nacional y la normativa de derechos humanos incorporada a nuestro ordenamiento jurídico interno. (Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala Sexta, Registro n° 627, 2016)

En este modo de configurar en relato judicial los acontecimientos que formaban la causa, la Cámara aclara que se va a hacer

cargo de la condición de especial vulnerabilidad de Reina, con la consecuencia de merecer un tratamiento diferenciado para ser juzgada.

Enseña Butler (2006, p. 7) que la vulnerabilidad adquiere un sentido distinto desde el momento en que se la reconoce, y el reconocimiento tiene el poder de reconstituir la vulnerabilidad. Siguiendo su análisis dice que las normas de reconocimiento son esenciales para la constitución de la vulnerabilidad como condición de lo “humano”⁷ ya que hace referencia a que es una condición que se construye con actos que son performativos. La especial vulnerabilidad que intersectan en Reina debía ser reconocida por el derecho para ser constitutiva de ella en tanto sujeto humano. No obstante, la vulnerabilidad no es una condición solamente de RM, o de “grupos vulnerables”, sino es el rasgo común de los sujetos y es en este sentido, que Butler propone reimaginar la posibilidad de una comunidad sobre la base de la vulnerabilidad y de la pérdida. Arens (2015) nos acerca el relato de la comunidad que hacen mujeres militantes, feministas piqueteras, antirracistas, originarias, que acompañaron a Reina durante y después del juicio. Estas luchas de resistencias, de profunda solidaridad, quedarán para otra investigación.⁸

Retomando la sentencia de Cámara, la alzada acusa al TOC de ignorar las manifestaciones sobre violencia de género y de invertir la carga de la prueba sobre la víctima, lo que resulta “contrario a la normativa constitucional y de derechos humanos, cuando no irracional, toda vez que la violencia de género implica”.

Los jueces tienen por acreditado que la imputada tuvo serias dificultades para comunicarse en su lengua originaria –quechua- durante gran parte de la instrucción penal preparatoria en la que estuvo privada de su libertad, es decir, en el contexto de un proceso penal ajeno a la cultura en la que ella

⁷ Butler usa comillas para encerrar la palabra humano.

⁸ Para profundizar remito al material audiovisual realizado por Nathalie Iriarte (2017).

desarrolló la mayor parte de su vida, afectando inevitablemente los derechos antes citados de acceso igualitario a la justicia, no discriminación, igualdad ante la ley, a ser oída y de defensa, entre otros. Cito textualmente:

...De todas formas, entiendo que ningún informe científico es necesario para concluir razonadamente que resulta difícil, sino imposible, que una persona migrante de una zona rural aislada, originaria de un pueblo indígena quechuarparlante en el que desarrolló la mayor parte de su vida y con ninguna instrucción formal en lengua castellana, pueda dominar lo suficientemente bien aquel idioma como para desenvolverse sin inconveniente alguno en el sistema de justicia argentino. Es por ello que numerosos tratados y jurisprudencia internacionales de derechos humanos enfatizan en la necesidad de tener una perspectiva multicultural en donde el mayor problema resulta ser la barrera idiomática. (Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala Sexta, Registro n° 627, 2016)

Para cerrar estas someras referencias a ambos fallos, por cuestiones de extensión, me voy a limitar a decir que la CCP desestima la cámara Gesell que se le realizó a su hijo, una de las pruebas fundamentales para la condena de Reina. Dicen los jueces: “La declaración prestada por Kevin se encuentra teñidas de fisuras que, fueron insuficientemente tratadas por el Tribunal.” (Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala Sexta, Registro n° 627, 2016)

La sentencia judicial de la CCP reconfigura los acontecimientos de modo que Reina emerge como víctima de su pareja y de su familia, del accionar policial y judicial de un sistema colonial, del Estado blanco, machista y autoritario que la juzgó. Si tomamos la tesis de la eficacia simbólica del derecho y que “la ley también puede impulsar, informar, sensibilizar ese sentimiento ético y transformar la moral que sustenta las costumbres y el esquema jerárquico de la sociedad” (Segato, 2003), en este sentido, el reconocimiento de la CCP de su condición de víctima, de la especial vulnerabilidad, tiene la virtualidad de hacerla

emerger como sujeto. Sin embargo, hay claros límites en este reconocimiento judicial, ya que es unilateral y unidireccional. Así como radicar exclusivamente en su condición de víctima, que le resta profundidad como sujeto y la limita a un lugar pasivo. El reconocimiento, en sentido de lo “humano”, debe ser también –y sobre todo- del campo social y político.

III. Volver al cuerpo. De la desposesión al reconocimiento

Quisiera retomar el trabajo de Ruiz (2014), referente de la crítica jurídica feminista argentina, ya que sin su consideración a la materialidad del cuerpo se debilita este análisis. En el estudio elegido ella se propone “hablar acerca de “los cuerpos” como un modo de construcción social y cultural que define espacios de inclusión y exclusión; construcción en la cual el discurso del derecho tiene reservado un papel fundamental de legitimación.” (Ruiz, 2014, 158)

Hablar del cuerpo importa, ya que es la corporalidad donde se encarnan las violencias que sufren los sujetos-sujetados. En el castigo, el derecho reclama el cuerpo para que ejercer allí los disciplinamientos. Sin embargo, aun antes, el cuerpo es condición de la subjetivación como proceso. Con Butler podemos pensar esto a través de la desposesión que puede asumir dos posibilidades, como imposibilidad de llegar-a-ser-sujeto y el reconocimiento como todavía-no-sujeto (lo abyecto/ininteligible/ilegítimo). Mientras que la primera forma de desposesión implica que somos seres interdependientes y relacionales (“lo otro”) que nos constituyen y a los que constituimos, la segunda es forzosa y claramente privativa (Butler y Athanasiou, 2013). La desposesión forzada es lo que sufrió el cuerpo racializado y la voz inaudible de RM, cuando el dispositivo jurídico la constituye como todavía-no-sujeto, esto explica que sus palabras no encuentren caja de resonancia en el sistema penal.

Dice también Ruiz:

La modernidad ha instituido política y jurídicamente la inviolabilidad del cuerpo humano como un límite

infranqueable y universal. Sin embargo, es adecuado preguntarnos (...) qué hacemos en y con “los cuerpos” de las miles de mujeres cuya biografía es desconocida y que son violadas y/o desaparecen en Ciudad Juárez o en Guatemala; qué hacemos en y con “los cuerpos” de los que no se adecuan a las condiciones de “normalidad” aceptadas y cuyas desventuras se guardan en el más profundo secreto. (2013, 158)

Lo que dispara inmediatamente las preguntas sobre qué hacemos en y con el cuerpo de Reina, privada de su libertad durante 6 años por el accionar del sistema judicial, con su hijo sometido a una cámara Gesell que vulnera el debido proceso y con su hija nacida en cautiverio.

La autora recurre a Agamben y su propuesta de funcionamiento de la máquina antropológica antigua y moderna:

Para funcionar, las dos máquinas exigen una zona de indiferencia en la que debe producirse “la articulación entre lo humano y lo animal, el hombre y el no hombre, el hablante y el viviente”. Como toda zona de excepción, esta zona está perfectamente vacía, y lo verdaderamente humano que debería realizarse en ella es solo un lugar de una decisión permanentemente demorada, en la que las cesuras y su articulación son siempre, de nuevo, dislocadas y desplazadas... nada más que la nuda vida. El “es” marca lo que los hace distintos, inferiores, sometidos, despreciables; el “es” borra de esos cuerpos los signos visibles de humanidad que otorgan a un individuo su condición universalmente consagrada de persona, de sujeto. (Agamben, 2011, 52 citado en Ruiz, 2013, 159).

Retomemos aquí el concepto de raza como signo, como marca. ¿Qué es RM frente al estrado? ¿Qué ven los ojos que miran a una mujer indígena y migrante boliviana? ¿Qué no ven? Reina se vuelve invisible e inaudible, en su posición de subalterna no contaba con un espacio de enunciación, en el sentido que le da Spivak (2010), desde donde “hablar”. La condición de subalternidad es la valla que le impide tener voz y ser escuchada. Como se ha acreditado, pasaron casi tres años para que Reina pueda

alzar su voz, no obstante, fue desestimado su relato. Tuvieron que pasar seis años para ser escuchada y comprendida. Aunque se subrayen los años transcurridos, porque fueron muchos, no fue en virtud del tiempo que llegó el reconocimiento, para que RM pueda hablar faltó más que le acerquen un micrófono o que le provean una interprete. La lucha de RM y de los organismos y organizaciones que la acompañaron contribuyó a posicionarla y a hacerla emerger como sujeto en ese proceso judicial.

Bidaseca trae a Lugones (2008) para considerar la categoría de interseccionalidad y advierte que en la persona de Reina confluyen una multiplicidad de vulnerabilidades que se intersecan y profundizan la opresión. Para Lugones “la interseccionalidad revela lo que no se ve cuando categorías como género y raza se conceptualizan como separadas unas de otras” (2008, 81). Entonces el feminismo de color pone en tensión las categorías “mujer” o las categorías raciales “negro”, “hispano” ya que homogeneizan y seleccionan al dominante, en el grupo, como su norma; por lo tanto, “mujer” selecciona como norma a las hembras burguesas blancas heterosexuales; “negro” selecciona a los machos heterosexuales negros y, así, sucesivamente. Dada la construcción de categorías, el ejercicio de intersección da cuenta que entre “mujer” y “negro” existe un vacío que debería ocupar la “mujer negra”, ya que ni “mujer” ni “negro” la incluyen. (Bidaseca, 2014)

Así, la autora evidencia cómo la interseccionalidad muestra lo que se oculta, y plantea la tarea de reconceptualizar la lógica de interseccionalidad para evitar la separación de las categorías dadas. Esto significa que el término “mujer” en sí, no tiene sentido o tiene un sentido racial ya que la lógica categorial ha seleccionado un grupo dominante: mujeres burguesas blancas heterosexuales, y por tanto, como lo manifiesta Lugones (2008, 82) “ha escondido la brutalización, el abuso, la deshumanización que la colonialidad del género implica.”

Reina es mujer indígena, pobre, analfabeta, migrante boliviana y rural. Para las juezas del TOC no existe ningún tipo de relación jurídicamente relevante entre los condicionamientos de

género, raza y clase que atraviesan la historia y el presente de Reina Maraz con el análisis del homicidio de quien fuera su marido.

Recordemos aquí el concepto de vulnerabilidad que fuera necesario nombrar en RM como acto de reconocimiento. No considerar la especial situación de opresión en la que se encontraba Reina fue una actitud que por un lado le negó la condición de sujeto con derecho a “hablar” y que su palabra sea tenida en cuenta, por otro, profundizó la vulnerabilidad convirtiéndola en una nueva víctima, esta vez de la administración de justicia.

Resta decir que parece importante poner el acento en lo que se define como jurídicamente relevante, configurándose la relevancia con los lentes del juzgador que la designa. Esta definición, sin embargo, no es individual, sino que está mediada por los sentidos que los operadores otorgan a las teorías y en sentido contrario, como constituyen las teorías a las personas que tienen como oficio el arte de juzgar.

IV. A modo de conclusión

La referencia a las categorías como género, raza, clase, nacionalidad y etnicidad, bajo la lupa de la interseccionalidad, permiten dar cuenta de la especial vulnerabilidad que radica en RM. De igual modo, se hizo ineludible la referencia a la materialidad del cuerpo y el modo en que la desposesión y la precariedad constituyen a los sujetos, reconociéndolos como todavía-no-sujetos.

De esta manera, dichos condicionamientos que convergen en Reina la definen en el lugar de no poder, de la imposibilidad: de hablar, de ser escuchada y de ser comprendida en relación con su propia historia a partir de su condición de mujer, migrante, indígena, pobre y víctima de formas de violencia. Esa condición –que determina su experiencia de vida– no ha sido contemplada por parte del tribunal de primera instancia –salvo en términos anecdóticos– a la hora de analizar su situación y poder garantizarle no solo una mayor protección, sino un debido proceso. Las violencias que sufre en este accionar,

puede pensarse como una actualización de violencias simbólicas que reafirman su lugar de opresión en la estructura jurídica patriarcal y colonial.

Si consideramos la tesis de la eficacia simbólica del derecho hay cierta justicia en la absolución de la CCP, ya que el proceder de la alzada que es definido por una consideración ético-sensible a lo “otro”, a lo ajeno que representa RM. Una razón suficiente que justifica la afirmación es que fue liberada en el mes de diciembre del año 2016. No obstante, la injusticia se mantiene, estuvo desde los 22 hasta los 28 años privada de su libertad por un homicidio que no se probó haya cometido.

Nombrarla y narrar su historia, buscar hacerlo con ella, es mi intento de aporte ético y político a un relato jurídico que, sin embargo, es siempre incompleto y parcial.

Bibliografía

- Arens, J. (2015). La Reina, trabajo para Curso: Antropología y Cultura de la Maestría en Antropología Social – CIESAS, sin publicar.
- Bidaseca, K. (2011). Mujeres blancas buscando salvar a las mujeres de color café de los hombres de color café. O reflexiones sobre desigualdad y colonialismo jurídico desde el feminismo poscolonial. En Bidaseca, K & Vázquez Laba, V. (comps.) *Feminismos y poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América Latina*, Buenos Aires: Ediciones Godot.
- Bidaseca, K., Ballesteros, S., Katz, M., & Jarque, M. (2014). *Cuerpos racializados, opresiones múltiples. Ser mujer, indígena y migrante ante la justicia*. Ponencia presentada en las IX Jornadas de Investigación, Docencia, Extensión y Ejercicio Profesional, Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, 2 y 3 de octubre. Disponible on line: http://www.trabajosocial.unlp.edu.ar/uploads/docs/gt17__cuerpos_racializados__opresiones_múltiples__ser_mujer__indigena_y_migrante_ante_la_justicia_.pdf
- Butler, J. (2006). *Vidas precarias: Violencia, duelo, política*, Buenos Aires: Paidós.

- Butler, J. and Athanasiou, A. (2013). *Dispossession: The Performative in the Political*. Cambridge: Polity Press.
- Cárcova, C. M. (2012). Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho. En “Teorías jurídicas post-positivistas”. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Castellanos, R. (2014). Balún-Canán, Fondo de Cultura Económica, México.
- Castro-Gómez, S. y Grosfoguel, R. (2007).(eds.). *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Iesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores.
- Femenías, M. L. (2009). Derechos Humanos y género: Tramas violentas. *Frónesis*, 16(2), 340-363. Recuperado en 15 de enero de 2020, de http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682009000200009&lng=es&tlng=es.
- Foucault, M. (2002). *Historia de la sexualidad I, La voluntad de saber*. (Trad. U. Guiñazú) Buenos Aires: Siglo XXI.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho CLS*. Bogotá: Siglo del hombre editores.
- Lugones, M. (2008). “Colonialidad y género”, *Tabula Rasa*, n. 9.
- Mackinnon, C.A. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, España: Ediciones Cátedra/Universitat de Valencia/ Instituto de la Mujer.
- Marí, E. (1982). *Moi, Pierre Rivière... y el mito de la uniformidad semántica de las ciencias jurídicas y sociales*. En *El Discurso Jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires: Hachette.
- Organización Internacional del Trabajo (1989). *Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, disponible en dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8efa2.html>
- Ross, A. (2010). *Sobre el derecho y la justicia*. (Traducido por G. R. Carrió). Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Ruiz, A. (2014) *Cuerpo/Cuerpos*. En *La letra y la ley. Estudios sobre derecho y literatura*, Editorial: Infojus. pág. 151-163.
- Saussure, F. de (2005). *Curso de lingüística general*. Buenos Aires: Losada.

- Segato, R. (2007). El color de la cárcel. Apuntes sobre la colonialidad de la justicia en un continente en deconstrucción. En Revista Nueva Sociedad. Democracia y política en América Latina, n. 208.
- Segato, R. (2003). La argamasa jerárquica: violencia moral, reproducción del mundo y la eficacia simbólica del derecho en Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos. Buenos Aires: Prometeo.
- Segato, R. (2010). Los cauces profundos de la raza latinoamericana: una relectura del mestizaje. Crítica y emancipación, [S.l.], p. 11-44, jun.. ISSN 2312-9190. Disponible en: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ojs/index.php/critica/article/view/166>>. Fecha de acceso: 20 ene. 2020
- Spivak, G. (2010)., ¿Puede hablar el subalterno? Buenos Aires: Cuenco de Plata.

Jurisprudencia

- Tribunal Oral en lo Criminal N° 1. Departamento judicial Quilmes. Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. Registro n° 189. (11 de noviembre de 2014) Sentencia 4586. MP Etchemendi-Vissio-Gutiérrez
- Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires. Sala VI. Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. Reg. N° 627/2016. (29 de diciembre de 2016). Sentencia 69680 626 MP Maidana-Kohan

Documento audiovisual

- Iriarte, N. (2017) La reina de los hornos. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=-yxeJhqi0ag>

Mujeres responsables: Aportes para reflexionar acerca de la carga sexista del discurso jurídico de la responsabilidad

Responsible women: Contributions to reflect on the sexist burden of the legal discourse of responsibility

Juan Martín Almejún¹

Universidad Nacional de Mar del Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 714-730

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e440>

Recibido: 01/02/2020

Aprobado: 15/09/2020

1. Introducción

El propósito de este trabajo es examinar brevemente la relación entre el lenguaje de la responsabilidad y el lugar que el discurso jurídico le asigna a las mujeres. Se desarrollarán dos ideas: (1) la Teoría Crítica y la Teoría Feminista han puesto en evidencia que el derecho ha sido históricamente una disciplina machista; (2) esta afirmación se evidencia en el lenguaje judicial y doctrinario y en las categorizaciones de la responsabilidad que subyacen tanto en el derecho privado como en el derecho penal.

Con ese fin se procurará introducir sucintamente el desarrollo de la teoría del derecho como construcción ficcional vinculada a valores e ideales de masculinidad. Seguidamente se procurará introducir los aportes de los estudios críticos y la

¹ Abogado. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Universidad Nacional de Mar del Plata, Universidad de Palermo. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8547-1295>).

crítica feminista para luego, analizar algunas citas doctrinarias y casos jurisprudenciales que refuerzan la idea central de este artículo.

Es evidente que el método exploratorio-descriptivo aquí utilizado presenta ciertas limitaciones a la hora de permitirnos elaborar una propuesta concreta de mejora a la realidad que aquí se esbozará. Sin embargo, el valor que se le intenta asignar a este trabajo versa en la intención de revisar los alcances teóricos de ciertas categorías tradicionales y la necesidad de desplazar sus sentidos.

2. El derecho moderno y la crítica feminista

Como punto de partida es dable recordar que desde sus orígenes el derecho moderno se pensó como herramienta para garantizar la integración normativa y la coerción de la ley en la resolución de los conflictos. El derecho privado moderno se estructuró mediante ciertos axiomas capitalistas: todo puede ser mercancía y toda mercancía ha de tener una voz para aceptar o rechazar el intercambio (Capella, 2008: 134). Esto es explicado desde la idea que todos los bienes tienden a asumir la forma de objetos de intercambio en algún mercado y así, mediante la voz de la mercancía se edificó el sujeto del derecho privado y sus derivados como la persona jurídica y el sujeto de derecho.

Surgieron para los ciudadanos derechos como la propiedad, la vida y el derecho a contratar, ahora asumido como natural. La norma, dentro de esta sociedad tendió a la regulación y la normalización y jugó y juega un papel fundamental, siendo el mecanismo que permite la interacción entre lo individual y lo colectivo. Se distinguió claramente la esfera pública de la privada, lo que generó que el individuo asumió dos fases de interacción bien separadas. En ese esquema, las mujeres fueron relegadas por los hombres a la esfera doméstica y de la familia, excluidas del mundo público y económico (Harari y Pastorino, 2000: 145). Por otro lado, se originaron las grandes codificaciones como formas lógicas y razonables de regular las situaciones jurídicas

de las relaciones humanas. Comenzó a buscarse la previsibilidad y la estabilidad en el mercado, que traducido ello en el campo del derecho significó la búsqueda de la seguridad jurídica.

La ciencia y el derecho se fusionaron a través de una significativa relación de cooperación que es uno de los rasgos de la modernidad (De Sousa Santos, 2006:35). Ese intercambio permitió el pase de la ciencia al derecho y viceversa dentro de las instituciones. Así, por ejemplo, algunas disidencias sexuales han sido negadas por el derecho y condenadas por la ciencia y las mujeres han sido confinadas a un rol secundario por el derecho y catalogadas, en caso de oponerse a la norma, de “locas” desde los valores de la ciencia.

Se simplificó la existencia a dos opciones donde cabe todo tipo de vínculo y acción. De esta manera, por muchos años prevaleció un solo modelo de vida y una sola forma de concebir las relaciones. Se instauró también la frontera que divide las acciones de los hombres en función de lo que establece el Estado, reducido ello al binomio “legal” y “no legal”. Esa construcción binomial, que atravesó todos los campos del conocimiento y de representación social, impactó eficazmente hasta nuestros días en la separación de lo “masculino” y lo “femenino”. En ese sentido, Olsen (2009) afirma que en cada par de esa construcción *“el término identificado como “masculino” es privilegiado como superior, mientras que el otro es considerado como negativo, corrupto o inferior”* (p.481).

El derecho se identifica con lo masculino y por ello continúa la autora argumentando que:

“La división entre lo masculino y lo femenino ha sido crucial para este sistema dual de pensamiento. Los hombres se han identificado a sí mismos con un lado de los dualismos: con lo racional, lo activo, el pensamiento, la razón, la cultura, el poder, lo objetivo, lo abstracto, lo universal. Las mujeres resultaron proyectadas hacia el otro lado e identificadas con lo irracional, lo pasivo, el sentimiento, la emoción, la naturaleza, la sensibilidad, lo subjetivo, lo concreto, lo particular” (Osen, 2009: 482).

La visibilidad, identificación y denuncia de las categorías que han generado y generan desigualdades y discriminación hacia las mujeres ha sido uno de los logros del desarrollo de la Teoría Feminista.

La tarea de esta perspectiva ético-política, en palabras de Evans (1995), es intentar describir la subordinación de las mujeres, analizar su naturaleza y develar mediante qué mecanismos las mujeres continúan ocupando lugares subalternos. De forma coincidente, Bender (1988) agrega que el feminismo estudia *“la opresión de las mujeres en orden de comprender qué es, cómo sucede, la sutil forma en que opera y cómo la opresión, explotación y exclusión afecta diferentes aspectos de nuestras vidas y pensamiento”* (p.4) y sostiene que el movimiento está *“política, metodológica y filosóficamente comprometido con una transformación social”* (p.4).

En suma, el objetivo del feminismo es la superación de la opresión hacia las mujeres y la voluntad de explicar las relaciones sociales entre los géneros.

Por su parte, la teoría jurídica feminista surge en palabras de Kohen (2000) *“como un esfuerzo por introducir la teoría feminista en el discurso del derecho (...) planteándose cuestiones críticas de la relación de la vida de las mujeres con el derecho y las instituciones legales”* (p.76).

Desde los años ´60 a la actualidad las diferentes corrientes feministas han concentrado sus esfuerzos en demostrar que el derecho como disciplina discursiva no es neutral, que sus sesgos y valores convalidan una perspectiva patriarcal y desigual respecto a la visión de los hombres y las mujeres. De acuerdo con esto, Bender (1988) explica que:

“Los hombres han tenido el poder de nombrar nuestro mundo y darle sentido a nuestras palabras. Al nombrar se controla cómo agrupamos las cosas, que partes de las cosas son notadas y cuáles ignoradas, y la perspectiva desde la que son entendidas. También aprendemos que esas “cosas” que son nombradas de alguna manera cuentan y que esas cosas sin nombres no merecen nuestra atención” (p.16).

Esta capacidad nomencladora ha sido también advertida oportunamente por Bourdieu (2000) quien señaló que la verdadera disputa de poder radica en quien dice lo que el derecho es. El problema evidente es que al quedar para los hombres la capacidad de nombrar, su visión e ideología ha impregnado las normas y la interpretación que se realiza de éstas.

El desarrollo de las ideas feministas encontró un interlocutor en la Crítica Jurídica cuyo correlato anglosajón han sido los *Critical Legal Studies* que emergieron en los ´70 en los Estados Unidos. Esta perspectiva señaló la importancia de dar cuenta de la ideología del derecho, las representaciones sociales y las relaciones de poder.

Como señala Cárcova (2000), entre los autores de esta corriente ha *“predominado una concepción “deconstructivista” no sólo por la influencia del pensamiento derridiano, sino también por el declarado propósito de exhibir los límites ideológicos del derecho aplicado, su generalizado modo de operar como mecanismo de reproducción del poder y de la dominación social”* (p. 8).

Ese marco teórico que nació con la finalidad de poner el foco en la construcción de una sociedad más decente, equitativa y solidaria –menos determinada por jerarquías de clase, status, mérito, raza, género– más descentralizada, democrática, y participativa (Gordon, 2009) - ha centrado su propuesta en la cuestión del discurso jurídico como construcción de sentidos.

Los estudios críticos han realizado enormes esfuerzos por demostrar que el discurso se ha ido retroalimentando del conservadurismo y la necesidad de mantener el statu quo. Así lo expresa Gordon (2009) al decir que:

“(...) el discurso jurídico corriente – los debates legislativos, las discusiones de los abogados con sus clientes, los comentarios y trabajos académicos, etc.- contribuyen como un todo a cimentar este sentimiento, desalentador y complaciente a la vez, de que las cosas deben ser como son y que los cambios mayores no harían más que empeorarlas. El discurso jurídico logra esto de muchas maneras” (p.522).

Esta capacidad de crear realidades que tiene el lenguaje y de mantener el orden de las cosas se evidencia también en la retórica de la responsabilidad que desentraña interesantemente Balkin (2005). El autor afirma que:

“La responsabilidad y la ideología están también conectadas entre sí por nuestras actitudes respecto de los derechos. Cuanto más importante consideremos una actividad o derecho –por ejemplo, la libre expresión o la libertad de contratar– y por ende, cuanto más valiosa consideremos su protección, adoptaremos una tendencia más fuerte a restar importancia a la responsabilidad de los demandados que ejercen tal derecho por los daños que su actividad pudiera causar a otros”. (p.144).

Y advierte que para entender la ideología es menester estudiar los tipos retóricos utilizados cuando se consideran las distintas categorías de derechos en cuestión, cómo pensamos y cómo nos representamos el mundo (p.145).

De igual forma es posible trazar –y lo intentaremos aquí– un paralelismo entre el lenguaje de la responsabilidad y la crítica feminista hacia la forma en que se construye el derecho como disciplina. Esa intención encuentra su inspiración en las palabras de Olsen (2009), quien argumenta que:

“Los hombres han oprimido y explotado a las mujeres en el “mundo real”; pero también han colocado a las mujeres en un pedestal, situándolas en un mundo de fantasía. Los hombres exaltan y degradan simultáneamente a las mujeres, como también exaltan y degradan simultáneamente los conceptos del lado “femenino” de los dualismos” (pp. 482-483).

Por consiguiente, esa forma de concebir las relaciones de subordinación por la que ciertos comportamientos son ensalzados, y se estereotipan los rasgos femeninos, ha sido traducida en una doble vara cuyo impacto es claramente reconocible en el discurso judicial (Harari y Pastorino, 2000:123).

3. La representación de las mujeres en el discurso de la responsabilidad

El discurso jurídico construye una ficción idealizada sobre las relaciones sociales partiendo de la premisa de que éstas se edifican desde el consentimiento de los individuos mediante sus decisiones tomadas de manera racional y libre (Gordon, 2009: 154). En ese campo de batalla donde se disputa el sentido y alcance del derecho ha habido ciertas victorias por parte del movimiento feminista en los últimos años. A pesar de ello, algunos sectores de la justicia siguen reproduciendo un discurso misógino y disciplinador. Esto es advertido en el estudio realizado hace un tiempo por Harari y Pastorino (2000) quienes indicaban ya en aquel entonces que:

“(...) a pesar de los cambios recientes en la organización social y legislativa, que han modificado por fuerza la exclusividad del control del mundo público por parte de los varones, la Justicia sigue asignando funciones de género “naturales” a la hora de resolver conflictos individuales y racionalizando la continuidad del statu quo” (p.145).

Para respaldar este argumento recurriremos a la ejemplificación con textos de doctrina que reafirman los estereotipos respecto al rol de la mujer y evidencian los prejuicios de sus autores. Vale aclarar que los textos escogidos son utilizados a modo de ilustrar el sexismo existente en el campo jurídico pero que no procuran componer un relevamiento exhaustivo ni absoluto, por el contrario, constituyen solo una muestra intencional.

Desde este punto de partida tomaremos el discurso de la responsabilidad por daño estético en el que se defiende la idea de que la belleza y la estética son valores eminentemente femeninos. De acuerdo con esto, Iribarne (1995) en el conocido libro *“De los daños a la persona”*, expone que las lesiones estéticas son resarcibles pero que se presentan ciertas dificultades a la hora de cuantificar la condena para quien lo genere.

Entre los elementos a tener en cuenta - explica el autor- se debe ponderar, por ejemplo, el sexo y la edad de la víctima

y menciona otro problema conexo a esta temática: la pérdida de chance matrimonial (p.568). Se repite la preocupación en torno a la imposibilidad que tendrá la mujer de casarse y se confirma la idea que el matrimonio es, para este doctrinario, una meta que toda representante femenina persigue. Esta idea aún persiste en muchos estratos de la sociedad.

Iribarne recurre a citas para apoyar sus afirmaciones. Por ejemplo, menciona en una de ellas a Quintano Ripollés, quien se preocupaba por la distinción entre el daño físico en el rostro o en partes del cuerpo aún “*tutelable por vestiduras*”. El jurista español explicaba que “(...) *no deja de ser abusivo reducir el campo eficiente de la visión al que pudiéramos llamar “público”, quedando al margen del tipo de desperfectos en la estética corporal no específicamente facial: piénsese por ejemplo en el tajo producido en un seno femenino*” (p.571). Se evidencia así una constante fijación por la belleza y el eventual deterioro del cuerpo de la mujer.

En otra línea, el civilista argentino agrega a su reflexión que “*obviamente será mayor el menoscabo inferido a la mujer joven soltera que a la anciana ya abuela. Pero ésta última también lo padece sin duda alguna y debe ser justamente resarcida. En cuanto al sexo, en principio, es indudable la mayor gravedad de la lesión inferida a la mujer*” (Iribarne 1995: 572). Y argumenta que no sólo es importante la edad y el sexo de la mujer y, al parecer, su estado civil, sino que también debe considerarse la localización de la lesión. Así, entiende que “*las piernas femeninas, por ejemplo, tienen alto valor estético, reconocido desde siempre en nuestra cultura*” (p.573).

A los fines de evitar una interpretación maliciosa y que no creamos que su visión está dotada de una fuerte cosificación de la mujer como objeto de belleza cuyo valor esencial es ese, aclara Iribarne que “(...) *la armonía, las facciones y la belleza de la integridad corporal no son patrimonio exclusivo de las mujeres, ni siquiera sólo de las mujeres hermosas*” (p.573). Afortunadamente para el autor, el derecho las protege y vela por todas ellas sin efectuar *a priori* valoraciones estéticas.

Todas estas reflexiones no hacen más que confirmar lo que en su artículo dicen Harari y Pastorino (2000):

“La consideración del aspecto físico femenino como dato relevante es propia de la sociedad en general. Según esta concepción, la mujer cuanto más bonita y joven sea, más posibilidades tendrá de obtener un puesto de trabajo o un marido. Basta con revisar la columna de avisos clasificados de cualquier diario para comprobar que la “buena presencia” de la mujer es una condición sine qua non para acceder a un empleo (...)” (p.138).

Por otro lado, el profesor argentino en su manual defiende una concepción funcional del resarcimiento del daño moral porque entiende que una afectación a las facciones de una mujer que sea notoria y evidente afecta las operaciones o rutinas naturales en orden a *“la seducción y la coquetería”* (p.577), entonces, la indemnización para él *“debería estar ordenada a restablecerlas, proporcionando recursos. Por ejemplo, para el uso generoso de perfumes y cosméticos, o para poseer y mantener un cuidado guardarropas”* (p.577).

Este tipo de análisis tiende a reafirmar estereotipos y criterios que son esencialmente falaces porque, como expresa Olsen (2009) *“los hombres no son más racionales, objetivos y universales que las mujeres, ni es particularmente admirable ser racional, objetivo y universal, al menos en los términos en que la ideología dominante masculina ha definido esas ideas”* (p.488). La belleza, el cuidado estético, la apreciación del cuerpo y la importancia por la imagen, que parecerían ser valores frívolos o impropios de un ser racional y objetivo, no es un valor eminentemente femenino. Algo así intenta decir Zavala de González (1990) al señalar que *“La integridad y normalidad corporales son bienes deseables para cualquier persona, y su pérdida o perturbación son resarcibles con prescindencia del sexo, edad, profesión y estado civil”* (p.143).

Más allá de lo cuestionable de su concepto de normalidad corporal, lo rescatable de su reflexión es lo que ha sido

considerado por diversos precedentes jurisprudenciales cuyo resumen se puede ver representado en el siguiente párrafo de la autora:

“Los valores estéticos no son únicamente referibles a la hipótesis clásica de la “mujer joven, soltera y de agradable aspecto”. A las personas de cierta edad y a las del sexo masculino, que desenvuelven su vida en el mundo y no de espaldas a él, no les es indiferente su presentación corporal” (p.145).

Otra polémica se abre respecto al concepto de la disminución de chance matrimonial dado que se consideraba que las señoritas tenían el mandato de casarse. Orgaz –citado por Zavala de González– considera que la pérdida de chance matrimonial no debiera tener distinción entre el hombre y la mujer (p.146). Claramente.

Hasta aquí se pone en evidencia que los doctrinarios y los jueces no han sido –ni son ahora– sujetos ajenos al contexto histórico, su entorno social y sus propias convicciones. Estos elementos se ven plasmados a la hora de resolver un caso y dictar una sentencia (Harari y Pastorino, 2000: 124).

Se ha construido también en el derecho la representación que las mujeres tienen un papel preponderante en la crianza y educación de los hijos y que su misión es la de ser madres de familia. Para referirnos a este prejuicio hemos analizado algunos discursos concernientes a la indemnización por muerte del ama de casa. En la mayoría de ellos se ha sostenido que la mujer cumple tareas de la casa y que esa actividad debe ser reconocida por los esfuerzos que conlleva. Presentan también ciertas afirmaciones discriminatorias que permean en el imaginario colectivo. A modo de ejemplificación de ello, la mencionada Zavala de González (1990) no duda en *“reconocer que la trascendencia de la actividad del ama de casa y madre de familia alcanza su punto máximo en los núcleos humildes, imposibilitados económicamente para sustituir el esencial aporte de aquella” (p.363).*

El valor del trabajo de la mujer y ama de casa presentaría para los defensores de esta perspectiva un doble valor: material y espiritual (Zavala de González, 1992: 363). Numerosos antecedentes jurisprudenciales han sostenido esta idea. En diversos fallos del fuero civil se han realizado afirmaciones como las que a continuación transcribimos:

a) *“La economía de los hogares argentinos descansa en gran medida en la eficacia con que el núcleo familiar aparece sostenido por el trabajo, dedicación y administración de la dueña de casa, centrándose en ella todas las posibilidades de aborro (...) por ello la disminución de la capacidad física de la misma debe ser indemnizada”*²

b) *“(...) es la propia sociedad la que en su evolución y replanteo de las ideas tradicionales ha reconocido beneficios previsionales a las amas de casa como verdaderos agentes que reportan servicios a la comunidad”*³

c) *“(...) la mujer no es dentro del hogar una figura decorativa y de pura representación, porque ella juega en la sociedad conyugal el papel de socio industrial”*⁴

Y finalmente se aseveró en un fallo de primera instancia que se debe reconocer que el trabajo de las amas de casa tiene un *“incommensurable valor espiritual”*⁵, no siendo del todo claro el sentido metafísico que los magistrados le pretendieron dar a esas labores.

Se confirma también la idea de la mujer confinada a la vida privada y al hogar. En el modelo de vida familiar se atribuyen roles de género diferenciados entre hombres y mujeres donde estas deben cuidar a los hijos y limpiar la casa (Harari y Pastorino, 2000:139).

² CNCiv, Sala A, 2/6/1976, JA, 1977-II-252; RepLL, t. XXXVII, p.454, S-615.

³ CNCiv, Sala A, 19/5/1975, LL, 1976-A-139.

⁴ Cám 1° Civ.y Com. La Plata, Sala 3°, 27/10/1983. Ed. 107-466.

⁵ Fallo de Primera Instancia, confirmado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala 1ra, 23/12/1982. Ed, 103.309.

En otra línea argumental, especial mención merece el caso de indemnización por muerte de la madre que es analizado por Garrido (1984) en relación a un fallo de la Cámara de Apelaciones de Morón⁶ del año 1982 donde se ventilaron polémicos argumentos para valorizar labor de la mujer en la casa y agradecer que debido a que ella se encargaba de los quehaceres domésticos, el esposo y los demás miembros de la familia (probablemente hombres), podían realizar otras actividades rentables.

En el texto se utilizan citas del Papa Juan Pablo II para reivindicar la necesidad de revalorizar las *“funciones maternas”* y se concluye que *“el esposo y los hijos sufren un daño material por la muerte de la esposa y de la madre, que atendía con sus cuidados a las necesidades del hogar y hacía de este modo posible el trabajo fuera de la casa o en otros menesteres de los demás miembros de la familia”* (p.391). Asimismo, efectúa una antojadiza interpretación del contexto y voluntad de los ciudadanos y dirigentes de la época al referirse a la *“(…) preocupación común de las personas y gobernantes a quienes interesa la restauración de la familia y el reconocimiento de su valor como punto de partida del bien común de la sociedad política”* (p.399).

Este análisis del discurso de la responsabilidad se vuelve aún más inquietante cuando nos adentramos en aspectos más sensibles como el delito de violación. Como muestra de este trabajo tomamos el aún utilizado manual de derecho penal de Soler (1992). En él, el autor procura explicar el criterio de violencia que debe caracterizar el acto y se encarga de describir los alcances del *“uso de fuerza o intimidación”* del artículo 119 del Código Penal. Así señala que:

“No debe confundirse la verdadera violencia -que generalmente dejará en las ropas y el cuerpo de la víctima otras señales que las del acto sexual mismo- con la

⁶ C. Apel. Civ. Com. Morón, Sala 1ª, 23/12/82, El Derecho, pp. 108-389.

discreta energía con que el varón vence el pudor de la doncella que, en realidad, desea y consiente. La vis grata puellis (Ovidio) suele darse como criterio separativo entre la violación y el consentimiento” (p.283).

Así expresado, a la luz del concepto de la “*vis grata puellis*”, la mujer que ejerce una negativa que es tomada como un juego de seducción por el hombre, es un criterio de distinción respecto a la víctima que es atacada sexualmente. Este delirio se reafirma con la nota al pie en la que Soler cita a modo de refuerzo conceptual una expresión criolla que dice “*Y si quería, mozo, ¿por qué no me volteó?*”. No hay mucho más que agregar.

El valor lejos está de ser puesto en la autonomía de la mujer para decidir sobre su cuerpo, sino que se pone el ojo en cuestiones absolutamente secundarias como si ella lo sedujo o si se oponía sutilmente. Se reproducen estereotipos machistas como los escandalosos dichos populares “*Cuando una mujer dice que no, es que sí*” o “*se hace la difícil*” para justificar el ultraje a su cuerpo e integridad.

Pero las cosas no terminan ahí. Soler sigue profundizando su interpretación del tipo penal señalando que:

“No existe violación cuando media órbita conyugal; pero por lo mismo, el matrimonio no excluye la posibilidad de violación ya que ésta puede producirse por actos contra natura, que no son debidos. Pude también haber oposición legítimamente fundada en la necesidad de evitar el contagio de un mal”. (p.285).

La manera en que es caracterizado un acto como la violación acarrea implícitamente esa voluntad totalizadora de racionalizar u ordenar las conductas humanas e ignora la auténtica relación entre la voluntad, el consentimiento, la sexualidad y el cuerpo de las mujeres.

Ellas son presentadas como presas débiles de los hombres –cuando no están casadas, porque entonces parece que para Soler esa condición exime de reproche al acceso carnal forzado– y no como individuos autónomos racionales capaces de tomar

sus propias decisiones. Este argumento puede ser profundizado mediante la afirmación de Gordon (2009) quien dice que:

“Estos discursos de racionalidad técnica y legal – de “derechos”, “consentimiento”, “necesidad”, “eficacia” y “limitaciones trágicas”- son por supuesto discursos de poder, sólo por la obvia razón de que los mandatos de la ley están respaldados por la fuerza y sus operaciones pueden infligir un dolor enorme”.

Muchos de los conceptos del derecho de la responsabilidad, el derecho comercial o el derecho de familia se han originado y consolidado desde la perspectiva única del hombre. Bender (1988) realiza una interesante reflexión acerca del concepto de prudencia y cuidado que se representa en la idea de “hombre razonable” que ha sido concebido por mucho tiempo como un concepto universal para regir la conducta. Señala la autora que:

“Se creía originalmente que el “hombre razonable” era un estándar de género neutral. “Hombre” era usado en el sentido genérico para referirse a la persona o conducta humana. Pero hombre no es un genérico salvo para otros hombres (...) el estándar del “hombre razonable” fue postulado por hombres que porque eran las únicas personas que escribían y discutían el derecho, la filosofía y la política de ese tiempo, solo teorizaban sobre ellos mismos. Cuando el estándar fue escrito en las opiniones judiciales, tratados y libros de casos, fue escrito sobre y por los hombre” (p.22).

Casos como este se pueden encontrar en nuestro derecho en la idea del “buen hombre de negocios” que subsiste en el artículo 1483 del Código Civil y Comercial, o la idea del “buen padre de familia”. No es suficiente con un cambio de palabras, sino que lo que Bender plantea es que es necesario cambiar el modelo, de lo contrario no servirá. Por ello argumenta que “las distinciones de género a menudo han sido reforzadas por duales atribuciones de razón y racionalidad para los hombres y emoción e intuición para las mujeres” (p.23). Sustituir la idea de hombre razonable por persona razonable no evita la

reproducción del vicio de fondo que es el criterio de razón y racionalidad subyacente (Bender 1988:23).

4. Conclusiones

A lo largo de este trabajo hemos intentado recapacitar acerca de los prejuicios machistas que subyacen tanto en el discurso del derecho privado como en el derecho penal. El espíritu de abordar la problemática aquí desarrollada está lejos de pretender una apropiación de las temáticas feministas, sino que procura ser un aporte en el actual contexto donde muchos actores de la sociedad comienzan a pensar seriamente en la deconstrucción de sus ideas y representaciones sobre la mujer.

Vivimos tiempos de mucho cambio. Esta es una buena oportunidad para pensar la génesis del derecho e intentar transformarlo. Como señalaba Bender (1988):

“Todas nuestras normas y estándares han sido masculinos. Si extraemos los sesgos masculinos de nuestro lenguaje, métodos y estructuras, no tendremos nada -no habrá palabras, no habrá conceptos, no habrá ciencia, no habrá métodos, no habrá derecho. Los sesgos conviven con los conceptos alrededor de los que hemos estructurado nuestro sistema político y social” (19).

Los años que han sido necesarios para alcanzar el empoderamiento de las mujeres no hacen más que demostrar la complejidad de este fenómeno. Todavía queda mucho camino por transitar en la búsqueda de la igualdad real.

Finalmente es importante marcar que, pese a que los trabajos utilizados como fuentes bibliográficas en este artículo datan de algunos años, no han perdido vigencia y utilidad. Lo valioso es comprender que a veces son los problemas los que pueden ser viejos por persistentes (en tanto no han encontrado solución), pueden ser viejos por recurrentes o pueden ser nuevos cuando son producto de un inédito desafío que no existía en el pasado (Garzón Valdés, 2008). En este caso en particular, la persistente discriminación sexista, el recurrente lenguaje machista y la

emergente ola feminista, hace que los problemas desarrollados previamente tengan en simultáneo todas esas características y por lo tanto se justifique seguir teorizando acerca de ellos.

Bibliografía

- BALKIN, Jack M (2005). La Retórica de la Responsabilidad. En La Responsabilidad Extracontractual, Carlos F. Rosenkrantz (Comp.) (123-146). Buenos Aires: Gedisa.
- BENDER, Leslie (1988). A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort. 38 J. Legal Educ. (3-37).
- BOURDIEU, Pierre y TEUBNER Gunther (2000). La fuerza del derecho. España: Siglo del Hombre Editores.
- CAPELLA, Juan Ramón (2008). La Fruta Prohibida. Madrid: Trotta (134).
- CARCOVA, Carlos María (2000). Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho. Buenos Aires. Recuperado de: <https://goo.gl/XeoCvk>.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. (2006). De la Mano de Alicia. Lo Social y lo Político en la Posmodernidad. Bogotá: Nuevo Pensamiento Jurídico. (35).
- EVANS, Judith (1995) , Feminist theory today. Sage publications: London.
- GARRIDO, Roque Fortunato (1984). La indemnización por muerte de la madre y un criterio objetivo: el costo de la madre sustituta.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (2008). 30 minutos de Filosofía del Derecho. Viejos nuevos problemas. ISONOMIA N° 28.
- GORDON, Robert W (2009). Cómo 'descongelar' la realidad legal: una aproximación crítica al derecho. En Desde Otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho, Christian Curtis (Comp.). Eudeba. (521 y ss).
- HARARI Sofía y PASTORINO Gabriela L. Acerca del Género y el Derecho, en El Derecho en el Género y el Género en el Derecho, Haydée Birgin (Comp.) Biblos (121-147).
- IRIBARNE, Héctor P. (1993). De los Daños a la Persona. Ediar (567-578).

- KOHEN, Beatriz (2000). El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual. En Birgin, H, compiladora. El derecho en el género y el género en el derecho. Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho: Buenos Aires (73-106).
- OLSEN, Frances (2009). El Sexo del Derecho. En Desde Otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho, Christian Courtis (Comp.), Eudeba (481 y ss).
- SOLER, Sebastián. Tratado de Derecho Penal. Tea, T. III, (281-291).
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde (1990), Resarcimiento de Daños. Hammurabi, T. 2a, (137-150 y 361-369).

Figuras de lo popular: el factor plebeyo y la democracia en la evocación de la política antigua

Figures of the Popular: The Plebeian Factor and Democracy in the Evocation of Ancient Politics

Marcos Olalla¹

Universidad Nacional de Cuyo - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 731-755

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e441>

Recibido: 01/02/2020

Aprobado: 15/09/2020

I. Introducción

Cada vez es más evidente que es imposible cartografiar las coordenadas ideológicas de un discurso sin hacer foco, más tarde o más temprano, en una cuadrícula a menudo soslayada del plano, como es el tipo de representación que en ellos se despliega respecto de los sectores populares de la estructura social. Los tropos con los que se articula la dimensión normativa de los discursos en su referencia a tales sectores de la sociedad

¹ Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina), con estudios posdoctorales en las universidades de Barcelona y Autónoma de Barcelona, es profesor adjunto e investigador en la Universidad Nacional de Cuyo e investigador del Instituto de Ciencias Humanas, Sociales y Ambientales (INCIHUSA-CONICET). Ha publicado artículos y capítulos de libros referidos a la historia del pensamiento latinoamericano. Se interesa en la relación entre discurso estético y discurso político en el campo cultural argentino de las primeras décadas del siglo XX. Ha sido coordinador del volumen II de la colección "Diversidad e integración en Nuestra América. De la modernización a la liberación (1880-1960)" (Buenos Aires, Biblos). (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1111-1067>).

nunca son neutros. Pero en la actualidad el deslizamiento hacia un registro apenas “anecdótico” de aquellas referencias ha abandonado su carácter “inocente”. La articulación “populista” de una narrativa no agota, claro está, el examen de este tipo de representaciones, pero sirve como insumo para historizar las condiciones de emergencia de esta interpelación política de los discursos.

La serie de fenómenos estructurales propios de la fase actual del “capitalismo financiero” (Fraser 2017); como el acrecentamiento vertiginoso de la desigualdad económica (Pikety 2014, Milanovic 2018), su impacto en la configuración de una ostensible crisis de representatividad política por pérdida de confianza en las élites (Ungureanu y Serrano 2018) y una crisis migratoria de una magnitud perturbadora (Vestri 2017); ha contribuido a la reposición de la centralidad del problema de los antagonismos entre ricos y pobres como una coordenada “crítica”. El desarrollo de un enfoque que reconoce la centralidad de esta cuestión supone un elenco amplísimo de posicionamientos políticos de los discursos y de análisis de los mismos.

Nos proponemos indagar en lo que a nuestro juicio podría constituir un nudo característico de toda forma de “enunciación” política, como es la representación de presuntos intereses e imaginarios de los sectores populares en diversas fuentes y tradiciones de interpretación de éstas. Además, como un documento de que estas coordenadas atraviesan la totalidad de los discursos, examinamos algunas modalidades de valoración de la democracia ateniense en la historiografía de la antigüedad clásica, a propósito de la cual abordamos brevemente interpretaciones divergentes de la función de representación de un personaje homérico: Tersites. Dicha divergencia se explica, y es esta nuestra hipótesis de lectura, por el modo de enunciación política del propio discurso en un determinado campo. En este caso los campos implicados son la historia antigua, la filología clásica y la filosofía política contemporánea. Nuestro interés en esta última radica en su particular relectura del fenómeno de la democracia ateniense.

II. Democracia antigua y moderna

Existe en la magnífica obra del helenista norteamericano Moses Finley (1912-1986) un modelo de despliegue de su enfoque analítico consistente en la reposición del sentido relativamente prístino con el que los antiguos experimentaron la conflictividad política. La caracterización del regular encubrimiento de esta superficie en la que se desarrollan los acontecimientos históricos se encuentra en línea con una tradición teórico-crítica que opera sobre el recurso a la historia. Frédéric Jameson lo señalaba enfáticamente en su *Documentos de cultura y documentos de barbarie* con la consigna “historicemos siempre” (1989: 11). Lo que la labor del teórico de la literatura produjo en el campo de la crítica cultural enraizada, a su vez, en la agenda bocetada por la Escuela de Birmingham, es el mismo movimiento que el registro de lectura de Finley produjo en los estudios clásicos. En este último caso, la consigna jamesoniana nos pone en la senda de una modalidad particular de perplejidad, surgida de la pretensión, obvia claro está, de que los historiadores de la antigüedad clásica sean capaces de historiar su objeto.

A nuestro juicio, la lectura de Finley acierta en el reconocimiento del problema, a menudo oculto en el desarrollo de las visiones deshistorizantes de la propia historiografía, como es la consolidación de una imagen “elitista” de la política, empeñada en negar dicho carácter al precio de ofrecer una sobreinterpretación moderno-liberal de la política antigua, en cuyo horizonte se impondría la sustracción de los antagonismos entre ricos y pobres de la administración de la polis. Así; mientras Aristóteles en la *Política* 1279b veía, sin prejuicio alguno, que la oligarquía era una forma de gobierno destinada a favorecer a los sectores de altos recursos, mientras que la democracia tendía a orientar su régimen hacia la satisfacción de las demandas de los sectores populares²; muchos de los intérpretes

² “Hay oligarquía cuando los que tienen la riqueza son dueños y soberanos del régimen; y, por el contrario, democracia cuando son soberanos los que no poseen gran cantidad de bienes, sino que son pobres”. (Aristóteles, 1988: 173-174).

contemporáneos del estagirita tienden a configurar un registro de lectura que ha resultado muy eficaz en la filosofía política de posguerra consistente en imaginar la polis griega como un modelo de armonía en la regulación de intereses en conflicto. Por lo mismo, aquellas representaciones que eventualmente denotan la existencia del conflicto y su indecible resolución universalista resultan adscriptas a un momento anterior a la consolidación del modelo o a su posterior degradación.

Para el caso romano que analiza Finley ([1983] 2016: 14ss.) la deshistorización se realiza ya no por sobreinterpretación, sino por la identificación con las fuentes justificadoras de una de las facciones en pugna. Se trata de la figura del *senatus consultum ultimum*, dispositivo concebido por el Senado de la República para evitar el despliegue de las garantías jurídicas de una defensa atendida a procedimientos jurídicos universales en aquellos casos en los que los senadores consideraban amenazada su capacidad de administración de justicia en coyunturas políticas críticas. Este último carácter era conferido cuando la índole de la interpelación afectaba al orden de la estructuración social. Aquí, el gesto interpretativo ha sido regularmente el de evitar la problematización de la cuestión de la legitimidad de la demanda en beneficio de una cierta invocación de la presunta desmesura de sus eventuales voceros. Pero, como en el caso griego, en la superficie de la textualidad de aquellas fuentes la dimensión política es explícita. Cicerón no tenía ninguna reserva a la hora de justificar la muerte de Tiberio Graco, y de hacerlo en el modo de la invocación de la amenaza que algo después se combatiría con aquel instrumento jurídico-político, pero sobre todo en virtud de que el conflicto entre plebeyos y optimates se percibía en tal coyuntura como indecible, en cuyo caso el dispositivo constituiría, luego con su hermano Cayo Graco, una modalidad imprescindible de cierre de la interpelación desarrollada por sus antagonistas. Los pruritos vienen después y, con ellos, el vaciamiento de su dimensión política mediante su reorientación hacia la cuestión de su validez procedimental. Los intérpretes se mantuvieron en la línea de discusión sobre

la legitimidad procedimental del dispositivo y no en su índole material, en lo atinente a los modos de expresión política del conflicto entre ricos y pobres.

Señala Finley:

También persiste sin disputa el que el senado se arrogara a sí mismo el derecho incondicional de determinar cuándo existía un estado de emergencia de tal gravedad que garantizara la anulación de los derechos fundamentales de los ciudadanos romanos; el senado, en resumen, se identificó a sí mismo con la *res publica* (16).

Si bien la caracterización predominante, en la línea de Th. Mommsen, destaca la cuestión de la potencial inconstitucionalidad del recurso jurídico señalado, es evidente que existe una cierta tendencia a la minimización de la dimensión socio-económica del fenómeno (Duplá Ansuátegui: 1988: 31ss.). Finley destaca con asombro la acrítica identificación con un tipo de narrativa “oficial” en las fuentes antiguas sin sopesar sus representaciones facciosas. Dicha tendencia revela una concepción del estado elitista consistente en la caracterización de los procedimientos desplegados en la administración pública como instrumentos políticamente neutrales sólo en aquellos casos en los que la correlación de fuerzas socio-económicas no resulta interpelada por una determinada decisión, pero son inmediatamente asumidas como facciosas o partidistas si cuestionan el orden vigente. La tendencia de estos intérpretes es desacomparar dos registros de la administración de la ley: la subjetiva de su utilización ecuánime o no por los magistrados y la objetiva de la propia ley. Esta última es concebida como dispositivo transpolítico si la estructura social no es interpelada por ella. Si, por el contrario, la ley se ofrece como instrumento crítico del orden político, el intérprete se hallará presto a reconocer su registro político. En aquellas circunstancias en las que se despliegan las demandas provenientes de sectores subalternos de la estructura social la imagen “elitista” del régimen político produce un deslizamiento del fenómeno al plano epistémico. Se sostiene así la presunta y, ahora, urgente dificultad de inscribir

esas demandas en un plano universalista en virtud de cuyo orden de cosas el régimen político requeriría de recursos jurídicos contramayoritarios.

En otro trabajo, en el que Finley destaca la carga ideológica de los estudios clásicos, titulado *Vieja y nueva democracia* el helenista distingue otro de los tópicos con los que se justifica un régimen político oportunamente inmunizado contra las aspiraciones de los sectores subalternos, como es la tamización moralizante de éstas. Sólo algunas presuntas virtudes cívicas pueden garantizar un lenguaje político universalizable. Finley deconstruye este tópico mediante la confrontación de la vieja democracia pensadas por Platón y Aristóteles y el de la nueva, concebida en agudísimas claves contramayoritarias en politólogos modernos como Lipset o Morris Jones (Finley 1980: 19ss.).

En efecto, la referencia a estos últimos, en virtud de sus temores frente a la posibilidad de politización de los sectores de menores recursos en el marco de un discurso presuntamente comprometido con la defensa de la democracia es a lo menos un síntoma de que esta narrativa “democrática” se realiza desde un lugar de enunciación abiertamente antidemocratizante, “elitista”, en términos de Finley. Para estos autores –así como también para Schumpeter, Berlin, Popper y tantos otros, el peligro radica en la posible existencia de una pulsión de “sustantivación” del procedimiento democrático. En este discurso “el tipo de fin que Platón proponía se ve rechazado no ya por tratarse de una meta errada, sino por tratarse sencillamente de una meta” (12). El helenista ve en esta renuncia de la imagen elitista de la democracia a objetivar acuerdos históricos de una comunidad un elemento que podría comprometer la pervivencia del modelo. La operación sobre la que se montó la virtual alienación oligárquica de la democracia, la que con ostensible cinismo afirma que la dinámica misma de la democracia conduce a la formación de élites que compiten entre sí por los votos de un electorado saludablemente “apático”, consiste en la pretensión de hallar un dato virtuoso en este último rasgo. Contra todo pronóstico aquello que se despliega como expresión

de la deliberada subalternización de los sectores populares es percibido como factor democrático.

Señalaba Bobbio en su clásico *El futuro de la democracia*:

Sé bien que también se pueden dar interpretaciones benévolas de la apatía política, pero incluso las interpretaciones más moderadas no me pueden quitar de la cabeza que los grandes escritores democráticos sufrirían al reconocer en la renuncia a usar el propio derecho un buen fruto de la educación de la ciudadanía. (1986: 25)

La habitual moderación del teórico italiano no es obstáculo para el señalamiento no sólo de la evidente tensión en estas narrativas entre su enunciado presuntamente progresista y su enunciación oligárquica cuando el recurso es el despliegue de un registro moralizante que renuncia sin pruritos a la pretensión de universalidad al caracterizar a las eventuales derivas de la participación política como resultado de sus posibles formas de interceptación provenientes de intereses ligados a sectores de “moral baja y vulgar” (26). Si este lenguaje es todavía posible hallarlo en Toqueville no es porque el imaginario del siglo XIX haya dejado de operar en la teoría política contemporánea, ahora, no obstante, con algo más de sofisticación ideológica.

El elemento normativo de la distinción aristotélica entre oligarquía y democracia se comprende como una cierta dificultad de despliegue del interés general en la administración de la polis si el poder recayese en un sector muy distinguible de la estructura social. La democracia habilitaba el peligro de que el régimen político constituyera un cauce para la manifestación de las demandas de los sectores de menores recursos³. Para Finley,

³ La cuestión de la democracia en Aristóteles es un tema muy trabajado. Ello ha configurado un *corpus* vastísimo que no es el caso presentar aquí. Nos interesa indicar, sobre la base de la crítica de Finley a la posición que pretende morigerar la valoración negativa que Aristóteles posee de ella y de la que la interpretación de V. Ehrenberg (1960) (2010 [1967]), oficia como modelo; la tensión que existe en los discursos que a nivel del enunciado se presumen democráticos pero que en el nivel de la enunciación funcionan como narrativas de justificación de dispositivos políticos contramayoritarios. Mucho más coherente es la posición de quienes, ubicándose en la misma sintonía del estagirita perciben aquello que destaca a una lectura

la evidente distancia entre la dinámica ateniense de democracia directa y sus versiones actuales del modelo representativo es regularmente concebida en términos de una relativa inconmensurabilidad por los intérpretes adscriptos a la imagen elitista de la democracia. La imposibilidad material de una democracia directa aparece en estos discursos como el espacio de configuración de una oportunísima nueva mediación, la de los expertos, que orbitaría las decisiones políticas y fungiría como mecanismo de inmunización del orden político vigente de las aspiraciones populares. Los propios antiguos no vieron la necesidad de recurrir a alguno de estos artificios. La mayoría de las fuentes de las que disponemos permiten reconocer la inexistencia de pruritos en lo atinente a la pertenencia a alguno de los extremos del mapa ideológico de su coyuntura histórica⁴.

El lugar de enunciación de una teoría política concebida como caracterización de un modelo de régimen identificable

que rehuye la sobreinterpretación de la *Política* de Aristóteles. “[L]o malo de la democracia: la pobreza de aquellos en cuyas manos cae el poder. Los defectos de este régimen no se derivan tanto de su carácter multitudinario como de su carácter indigente, así como los defectos de la oligarquía no se derivan tanto de su carácter minoritario como de su carácter opulento. Por eso, las rectificaciones de ambos regímenes no se sitúan en la línea del número sino, más bien, en la de las posesiones: en la república, como término medio de los dos, lo que se media primariamente es la propiedad, y no el número [...] [P]odemos entender ahora con precisión qué es lo que Aristóteles ve en la democracia: el gobierno de los hombres sin educación; de los hombres que carecen del ocio, necesario para la práctica de la virtud y para las actividades políticas; de los que realizan trabajos indignos del hombre libre; en definitiva, de aquellos que, vertidos sobre lo utilitario, indisponen su espíritu para recibir la reflexión que les proporciona la filosofía y el filósofo con su *Política*. La democracia es el régimen que se rige por la libertad, pero una libertad entendida y ejercida por el hombre sin *scholé* por ello, en el pensamiento aristotélico, aparece regularmente como un régimen herido por la falta de autoridad y de orden.” (Cruz Prados 2007: 14) Para concluir de ello, en una línea que consiste en el afianzamiento de la valoración política de la democracia en Aristóteles que: “[c]onservar una democracia significa, en última instancia, rectificarla, procurar que sea menos democrática. De lo contrario, una democracia —al igual que una oligarquía—, a fuerza de ser democrática, dejará de ser siquiera un régimen. Lo que procede de un principio erróneo sólo puede tener su salvación en la incorrecta aplicación de dicho principio” (31).

⁴ Como han puesto de relieve los estudios de Christian Meier (1985), Claude Mossé (1987), Ellen Meiksins Wood (1988), Josiah Ober (1996), Nicole Loraux (2008a, 2008b, 2011), Luciano Canfora (2004, 2011, 2014), Domingo Plácido (1997), Julián Gallego (2008, 2019, 2017, 2018), Diego Paiaro (2016, 2018, 2019), Mariano Requena (2019), entre otros.

con una cierta idea de “bien común” tiende a instalarse en un registro axiológico subalternizante para un sector mayoritario del sujeto político. Finley señala en clave de provocación que “los filósofos atacaron la democracia”, mientras “los demócratas confesos les replicaban ignorándolos, o sea, prosiguiendo su trabajo del gobierno y la política de una manera democrática” (1986: 37).

En tal sentido, la operación sobre la que se desarrolla la configuración del campo del saber que llamamos filosofía da cuenta de su vocación restauradora de un elenco no menor de elementos del imaginario pre-democrático de Grecia. Este hecho suele ser pasado por alto. Probablemente por una relativa persistencia de un enfoque que tiende a desconocer las condiciones de producción de un texto filosófico. Rodríguez Adrados lo caracterizaba hace ya mucho tiempo con la máxima candidez en estos términos:

El filósofo tiende a interpretar los sistemas filosóficos en base a principios, problemas, coordenadas universales. Nosotros los filólogos [...] tendemos a localizar a los pensadores griegos en su ambiente histórico, social e intelectual. A explorar las fuerzas en que se apoyan o con las que combaten, su situación en la cadena del pensamiento. No es que pensemos que el pensamiento del filósofo está implícito en su biografía: no, pero la biografía es un factor condicionante, cierto que superable, es también un arma de interpretación (1995:55).

Es significativa esta pudorosa reivindicación de la filología. Aunque es evidente un cierto desajuste entre los factores que presume comprender y su posterior circunscripción a la superficie de la biografía, es notable la caracterización del registro en el que la filosofía se concibe como una empresa despojada de su dimensión histórica⁵. La mirada de Finley sobre la democracia ateniense ofrece un conjunto de elementos que

⁵ Destacamos esta mirada del filólogo español a sabiendas de que en buena medida su propia interpretación de la democracia ateniense revela una serie de tensiones relativas a la

permite inteligir que la presunta heterogeneidad metodológica entre estos dos campos del saber no es la causa sino el efecto de una particular modalidad de emplazamiento ideológico de la filosofía en función de la presencia en la tradición filosófica de la matriz antidemocrática de sus orígenes. Por ello es coherente la posición del historiador norteamericano a favor de la relativa estabilidad⁶ de las instituciones democráticas atenienses de los siglos V y IV frente a quienes enfatizan las dificultades sistémicas del régimen para el mantenimiento del orden en este último siglo en línea con las tesis de J. G. Droysen sobre esta etapa [1883] (1988: 26ss.).

III. Figuras de la tradición aristocrática

La agenda restauradora de la filosofía del siglo IV a. C. enlaza con la tradición aristocrática presente en el horizonte homérico, del que Finley se ocupó en una de sus obras más célebres. Las representaciones literarias del conflicto entre diversos sectores de la estructura social antigua son patentizadas con singular intensidad en la figura homérica de Tersites. La referencia a este personaje de *La Ilíada* constituye un tópico significativo de la célebre *El mundo de Odiseo*. Esta obra, publicada por Finley en 1954, constituye una reconstrucción del tipo de vida material y de su horizonte simbólico de la Grecia arcaica. El propio hellenista caracterizó su trabajo sobre los poemas homéricos como una forma de lectura, entre otras, en la que resultan reconocibles determinados patrones de acción y pensamiento contrastables a partir de evidencia surgida de estudios comparados sobre otras sociedades contemporáneas a aquella.

Finley utilizó el relato homérico de los juegos fúnebres en honor de Patroclo como un documento de las prácticas

presencia de algunos registros elitistas en su caracterización del dispositivo universalizador del sorteo (Bellón Aguilera 2017: 135).

⁶ Una caracterización pormenorizada del debate historiográfico en torno a la tensión entre estabilidad y potencial anarquía del régimen democrático ateniense pueden verse en Gallego (2018) y Paiaro (2018).

judiciales disponibles en el período arcaico. En efecto, las disputas en torno a la carrera de carros y de la consecuente asignación de premios por parte de Aquiles suscitaron una serie de conflictos que son resueltos en términos de desafíos privados entre los protagonistas de aquella competencia, pero que Homero ubica en la escena de lo que Finley llama “ágora regular”, aunque la figura del *demos* tiene en ésta una función pasiva, de expectación (Finley 1995: 56). En paralelo con los estudios que el francés L. Gernet estaba realizando en torno del paso de la administración privada a la comunitaria del derecho en torno al siglo VI a. C. (Gernet 1955), Finley destacaba no sólo el carácter privado de la resolución del conflicto, sino las condiciones sociales de posibilidad de aquella en virtud de que debía celebrarse entre “iguales”. La cuestión del lugar social es enfáticamente afirmada por Homero. Odiseo es el portavoz del orden social vigente, quien recrimina a los aqueos que deseaban volver a sus ciudades estimulados por el ardid de Agamenón para probar su valor. Homero desarrolla un contraste muy marcado en la índole del discurso del laertiada. En su empresa de convencer a todos quienes pudiese de retomar la conquista de Troya el poeta refiere que Odiseo “a cada rey y sobresaliente varón que encontraba, con amables palabras lo retenía” (1991: 128, II. 185), mientras que a su encuentro con hombres de otra condición social la índole de la interpelación era dramáticamente modificada:

Más al hombre del pueblo que veía y encontraba gritando,/ con el cetro le golpeaba y le increpaba de palabra:/ ¡Infeliz! Siéntate sin temblar y atiende a los demás,/ que son más valiosos. Tú eres inútil y careces de coraje:/ ni en el combate nunca se te tiene en cuenta ni en la asamblea” (129, II. 195-200).

Finley ve con claridad que en este punto pudo Homero retomar el hilo narrativo de la asamblea puesta a desarrollarse, no obstante lo cual consideró necesario esclarecer el carácter estructural de las diferencias sociales mediante el despliegue de una escena llamada a convertirse en un documento sobre

las representaciones griego-arcaicas de la estructura social. El recurso consistió en dotar de palabra a un personaje plebeyo⁷ que con temeraria insolencia interpelaba a Agamenón:

Todos se fueron sentando y se contuvieron en sus sitios./
El único que con desmedidas palabras graznaba aun era
Tersites,/ que en sus mientes sabía muchas y desorde-
nadas palabras/ para disputar con los reyes locamente,
pero no con orden,/ sino en lo que le parecía que a
ojos de los argivos ridículo/ iba a ser. Era el hombre
más indigno llegado al pie de Troya:/ era patizambo y
cojo de una pierna; tenía ambos hombros/ encorvados
y contraídos sobre el pecho; y por arriba/ tenía cabeza
picuda, y encima una rala pelusa floreaba./ Era el más
odioso sobre todo para Aquiles y para Ulises,/ a quie-
nes solía recriminar. Más entonces al divino Agamenón/
injuriaba en un frenesí de estridentes chillidos. Los
aqueos/ le tenían horrible rencor y su ánimo se llenó
de indignación./ Mas él con grandes gritos recriminaba
a Agamenón de palabra:/ ¡Atrida! ¿De qué te quejas otra
vez y de que careces?/

Llenas están tus tiendas de bronce, y muchas mujeres/
hay en tus tiendas para ti reservadas, que los aqueos/ te
damos antes que a nadie cuando una ciudadela saquea-
mos./ Es que aun necesitas también el oro que te traiga
alguno/ de los troyanos [...]/ No está bien/ que quien
es el jefe arruine a los hijos de los aqueos./ ¡Blandos,
ruines baldones, aqueas, que ya no aqueos!/ A casa, sí,
regresemos con las naves, y dejemos a éste/ aquí mismo
en Troya digerir el botín, para que así vea/ si nosotros
contribuimos o no en algo con nuestra ayuda [...]/.

Así habló recriminando a Agamenón, pastor de huestes,/
Tersites. A su lado pronto se planto el divino Ulises/ y,

⁷ No es todo lo amplia que podría ser la bibliografía sobre esta imagen homérica de lo que podría caracterizarse como “patrón anti-heroico” (Postlethwaite 1988), pero destacamos el registro de esta representación en una serie de estudiosos entre los que destacan: Rankin (1972), Rose (1988), Thalmann (1988), Lowry (1991), Kouklankis (1999), Stuurman (2004), Marks (2005) y Barker (2009).

mirándolo con torva faz, le amonestó con duras palabras:/ ¡Tersites, parlanchín sin juicio! Aun siendo sonoro orador,/ modérate y no pretendas disputar tu solo con los reyes./ Pues te aseguro que no hay otro mortal más vil que tú/ de cuantos junto con los Átridas vinieron al pie de Ilio./ Por eso no deberías poner el nombre de los reyes en la boca/ ni proferir injurias ni acechar la ocasión para regresar./ Ni siquiera aun sabemos con certeza como acabará esta empresa,/ si volveremos los hijos de los aqueos con suerte o con desdicha./ Por eso ahora al Atrida Agamenón, pastor de huestes, injurias sentado/ [...].

Así habló, y con el cetro la espalda y los hombros/ le golpeó. Se encorvó, y una lozana lágrima se le escurrió./ Un cardenal sanguinolento le brotó en la espalda/ por obra del áureo cetro, y se sentó y cobró miedo./ Dolorido y con la mirada perdida se enjugó el llanto./ Y los demás, aun afligidos, se echaron a reír de alegría./ Y así decía cada uno, mirando al que tenía próximo:/ _¡Qué sorpresa! Ulises es autor de hazañas sin cuento/ por las buenas empresas que inicia y el combate que apresta;/ mas esto de ahora es lo mejor que ha hecho entre los argivos:/ cerrarle la boca a éste, un ultrajador que dispara palabrería./ Seguro que su arrogante ánimo no le volverá a impulsar otra vez/ a recriminar a los reyes con injuriosas palabras./ Así decía la multitud... (Homero 1991: 129-131, II. 211-278)

El plano de los hechos narrados no ofrece dudas en torno de la racionalidad y coherencia de la demanda del personaje plebeyo. En efecto, reproduce cabalmente las expectativas de la ostensible mayoría de las fuerzas aqueas. A nivel del registro discursivo del personaje así representado por Homero existe un desajuste entre la caracterización de su valor como tal discurso –en virtud de su condición “indigna”, de su enunciación “alocada”, de sus múltiples anomalías por sus presuntas defeciones físicas, su carácter “patizambo”, su “cojera”, la configuración “encorvada” de sus hombros, la forma “puntiaguda” de su cabeza y rala cabellera- y la forma concreta de su alocución. Si

el narrador despliega una operación tenaz de subalternización de la enunciación –por su recurso a la caracterización de la materialidad de su discurso como “chillido”- es notable el grado de articulación conceptual y la validez de un argumento que no es dificultoso imaginar con alto grado de consenso entre el ejército aqueo⁸.

Aunque se podría señalar que existe una referencia a un posible error de procedimiento en la alocución de Tersites resulta evidente que en el narrador el registro que funge de matriz valorativa lo que atañe a la interpelación de la voz plebeya del personaje es su presunta ausencia de derecho. En efecto, si es habitual este deliberado deslizamiento del plano material de la exclusión al procedimental en las representaciones idealizantes de una determinada estructura social, en este caso el propio Homero lo juzga insuficiente. Finley intuye con gran lucidez que la reacción de la multitud a la violenta oclusión del discurso del insolente soldado aqueo constituye un intento de morigeración de un contraste –investido de un sesgo estructural- llevado hasta sus últimas consecuencias. Si Homero refleja cabalmente la imagen aristocrática del orden griego arcaico, la operación de identificación plebeya con la acción de Odiseo revela la necesidad del narrador de dotar a aquel contraste de un atributo axiológicamente universalizable. Este recurso puede ser comprendido como una forma de discontinuidad formal del registro en línea con la noción bajtiniana de “polifonía”. “Así decía la multitud” es un tropo que denota la existencia de una sutura deliberada en la narración homérica. Esta figura

⁸ Este desajuste motiva la algo enrevesada interpretación de esta imagen por parte Robert Graves, quien sostiene que esta figura es el recurso con el que Homero introduce su propia valoración de la circunstancia narrada en una cierta afinidad con la posición tersiteana (Graves 1960: XXII). El cierre de la escena, con una multitud que presuntamente acuerda con la acción de Odiseo, de ningún modo justifica esta interpretación. En efecto, se trata de un modo deliberado de enunciación que se despliega como “función de apoyo” que actúa como operador de la obliteración homérica de toda referencia al emplazamiento social de los discursos, como cierre de una forma de polifonía ocasionalmente invocada en función de su desempeño contrastivo.

disruptiva constituye una modalidad de representación de una forma de armonía subalternizante.

Sergio Amor matiza la caracterización de Finley. Indica que este último dedujo con demasiada celeridad la presunta ausencia de derecho al habla en la escena homérica. A su juicio se trataría más bien de un modo de desafío a la autoridad en tiempos en los que ésta todavía no había cristalizado en la figura del monarca. En esta línea de interpretación es la transición de una forma relativamente indiferenciada de autoridad a un modelo de soberanía con un depositario claramente distinguible en un proceso de estructuración jerárquica de la sociedad lo que explicaría la estridencia de la figura de Tersites (Amor s/f: 8, 2016: 10).

IV. El Tersites de Jaeger

Con todo, la mirada de Finley es consecuente con la materialidad del conflicto representado en esta escena aun cuando se puedan problematizar los alcances de la ruptura del orden propiciada por la voz del personaje en cuestión. Una tradición de lectura elitista en la caracterización de la índole del desafío plebeyo y la forma de su obturación jerárquica es modélicamente expresada por la mirada de W. Jaeger (1995 [1933]). El filólogo alemán reconoce la presencia de la ética aristocrática de la fase arcaica del desarrollo griego en el pensamiento de Platón y Aristóteles. La relevancia del concepto de *areté* revela la continuidad de esta matriz en el siglo IV. Destaca una serie de tópicos aristotélicos como índices de una trama que articula –según Jaeger de manera fecunda– los cimientos de la filosofía con aquella ética. La idea de “soberbia” como virtud, así como la particular estimación del “amor propio” como operador del esfuerzo humano, a contracorriente de cierto imaginario “altruista” del siglo IV. El filólogo intenta reponer un sentido fraternal en aquella estima regularmente incomprendida por acción de la mentalidad ilustrada. La labor apologética de Jaeger se dota de una calculada sofisticación para caracterizar la

relativa inconmensurabilidad en la decodificación moderna de la idea de nobleza. Sostiene:

Nuestro pensamiento se vuelve de pronto hacia el refinado culto a la personalidad de los tiempos posteriores, hacia la característica aspiración del humanismo del siglo XVIII a la libre formación ética y el enriquecimiento espiritual de la propia personalidad. Pero las mismas palabras de Aristóteles muestran de modo indubitable que lo que tiene ante los ojos son, ante todo, las acciones del más alto heroísmo moral. Quien se estima a sí mismo debe ser infatigable en la defensa de sus amigos, sacrificarse en honor de su patria, abandonar gustoso, dinero, bienes y honores para “apropiarse de la belleza”. La curiosa frase se repite con insistencia, y ello muestra hasta qué punto, para Aristóteles, la más alta entrega a un ideal es la prueba de un amor propio enaltecido. “Quien se sienta impregnado de la propia estimación preferirá vivir en el más alto goce que una larga insistencia en indolente reposo; preferirá vivir un año solo por un fin noble, que una larga vida por nada; preferirá cumplir una sola acción grande y magnífica, a una serie de pequeñeces insignificantes”.

En estas palabras se revela lo más peculiar y original del sentimiento de la vida de los griegos: el heroísmo. En él nos sentimos esencialmente vinculados a ellos (28-29).

En el registro de esta última afirmación hay una resonancia de aquel “así decía la multitud” del narrador de *La Ilíada*. La continuidad convocada por Jaeger resulta posible por la existencia de un plano en el que los imaginarios históricos –en este caso el humanismo del siglo XVIII- pueden ser eludidos deliberadamente por la enunciación jaegeriana. Otra vez, la figura utilizada constituye un síntoma, un desajuste, la manifestación de una ruptura y su consiguiente operación de sutura.

La restauración de la imagen homérica por Platón y Aristóteles se explicaría, según el filólogo alemán, por la presencia continuada de testimonios de aquel ideal de vida heroico todavía en proceso de transición política como el acontecido

desde finales del siglo VI a. C. En la relativamente tardía representación homérica del orden jerárquico concebido en clave idealizante en *La Ilíada* hay, según Jaeger, “unos pocos rasgos realistas y políticos” (34). Estos rasgos serían condensados en la escena en la que Tersites impugna a Agamenón. El crítico reconoce en dicha escena la existencia de un dato significativo en la modificación del registro narrativo del texto puesto que este personaje es el resultado de “la única caricatura maliciosa en la totalidad de la obra de Homero” (34).

En esta lectura tiende a configurarse un espacio de neutralización de la dimensión política del poema épico que impacta sobre la índole de la intuición del conflicto social y de la superficie en la que éste se despliega. Así, es notable la inexistencia en el enunciado homérico de otras formas de caracterización del conflicto entre clases y Jaeger lo registra del mismo modo que lo hace Finley. No obstante, el alemán lo hace en un horizonte semántico en el que se tiende a desconocer la politicidad de las formas de enunciación reflejadas en *La Ilíada*. Sólo de este modo se puede comprender la aparente “mínima presencia” de rasgos políticos en el texto. Esta tensión entre enunciado y enunciación es disuelta en la interpretación jaegeriana mediante el recurso a un modelo de normatividad no atravesado por la política. El nudo de esta comprensión es ahora moral y se asocia a las condiciones de posibilidad del desarrollo de un proyecto de comunidad cultural. En esta línea Jaeger destaca la perspicacia de Dión de Prusa –quien aún en las antípodas de la valoración jaegeriana de la paideia griega y en virtud de su presunta incapacidad para determinar las verdaderas preceptivas del género épico cuestionara el proyecto educativo concebido por el imaginario heroico- por cuanto en el marco de las múltiples formas de ensalzamiento de los objetos representados interpretaba que Homero incluso al “único que ha denostado, Tersites, lo denomina orador de voz clara” (34). Esta afirmación es deliberadamente instalada por Jaeger en el plano de lo anecdótico, pero, por el contrario, es posible deducir su potente significación como un gesto que revela

la tendencia a considerar la imposibilidad de una educación nacional si no es en el marco de una epopeya en la que los atributos de su enunciación incluyen una mirada idealizante de las formas de interacción entre nobles y plebeyos. Dicha idealización, si bien explica la presunta caracterización positiva del discurso tersiteano, no da cuenta de la “caricatura maliciosa” de este personaje. Jaeger se empeñó en mostrar que “la épica es la raíz de toda educación superior en Grecia” (55). La posible morigeración de la ostensible valoración negativa de la representación homérica de Tersites sería una manifestación de la necesidad histórica de construcción de una cultura nacional, en cuyo horizonte la materialidad del conflicto social resulta subsumida por la postulación de un orden social determinado. El registro en el que Jaeger lee esta escena expresa una evidente identificación con el lugar de enunciación de su fuente. El desacuerdo se comprende así como un desajuste provisional y su consecuente reposición del orden en el que cada sector de la estructura social es puesto en su lugar, al menos en el momento fundacional de aquella cultura.

Tal vez la función restauradora de la filosofía pondría a resguardo ese origen de la estructuración jerárquica de la sociedad. La emergencia del conflicto sólo resultaría asequible luego en materia literaria a través de un nuevo cauce ofrecido por el género “comedia”. El notable desarrollo de este género se explicaría, para el alemán, en la modificación del objeto de interés del discurso literario griego. Para cuando la comedia adquiere carta de ciudadanía en el mundo ático el foco se ha modificado drásticamente. Ha pasado de la representación de las “naturalezas nobles” hacia las “ordinarias”. En esta línea la escena de Tersites es para Jaeger “una pequeña comedia entre las múltiples tragedias que contiene la epopeya homérica” (326). Esta interpretación es notable porque revela la persistencia del esfuerzo jaegeriano por dotar al “origen” –épico- de un potencial de despliegue con la capacidad de integrar sus futuros desarrollos –incluso aquellos que se proyectan sobre el presente del filólogo, en el que se percibe, todavía, “esencialmente” ligado a

aquella matriz-. Si la poesía exige el concurso de la tragedia y la comedia es porque constituye un requerimiento de la propia cultura ática en virtud de su presuntamente “profundo” sentido de “humanidad”. En este orden de cosas Tersites es sometido al escarnio público en virtud de su condición de “repugnante y odioso agitador” (326). Es un resultado esperable en una cultura que es imaginada como la forma armónica de integración total de sus diferencias.

V. Democracia y parresía

Volvamos al lugar desde donde partimos, es decir, la singular modalidad de procesamiento del factor plebeyo en la democracia, régimen político que las posiciones más conservadoras juzgaban negativamente por constituir el cauce más favorable al despliegue de las demandas de los sectores populares. La tradición liberal se empeñó en ocultar este rasgo a fin de consolidar una imagen despolitizada de la democracia. La tensión, escenificada, por Finley resulta muy fecunda puesto que evidencia que las modulaciones más consecuentes del discurso conservador se encuentran compelidas a desarrollar diversas modalidades de impugnación del señalado régimen político en línea con el modelo platónico o con el –algo más elusivo– modelo aristotélico. Entre tanto el ropaje democrático del liberalismo se nutrirá de un elenco de dispositivos contramayoritarios destinados a configurar una gestión oligárquica de la democracia. Finley vio correctamente que la postulada inconmensurabilidad entre la democracia participativa ateniense y la representativa moderna constituyó un tópico característico de la imagen elitista de la democracia. Efectivamente, este último rasgo, aparece como un atributo imprescindible para el desarrollo de una forma de ciudadanía moralmente calificada.

El signo de la valoración de este rasgo constituye un índice ideológico a la hora de examinar el lugar de enunciación de sus cultores, pero en buena medida lo es la propia imagen de aquel objeto cuando se lo concibe desde una forma radical de crítica

del poder por Michel Foucault. El filósofo francés dedicó los últimos años de su vida a la construcción de una genealogía de las prácticas del “cuidado de sí”. Este fue el objeto de sus últimos seminarios en el College de France (1982-1983 y 1983-1984), pero algo antes, entre 1977 y 1979 Foucault había comenzado a conceptualizar una modulación novedosa de la relación entre política y verdad mediante la caracterización de las diversas matrices de inteligibilidad del poder. En el tránsito del análisis de los regímenes de verdad en el gobierno de los otros a los del gobierno de sí Foucault hace foco en los dispositivos de la confesión y luego de la parresía, en virtud de lo cual su mirada se dirige a los griegos. Si bien no es éste el lugar adecuado para un análisis del concepto de parresía en la producción filosófica de Foucault creemos pertinente la tematización de la imagen de la democracia ateniense en el discurso del filósofo a propósito de su caracterización del “momento político” de aquella categoría⁹.

Foucault había señalado que la parresía consistía en un modo de hablar con franqueza en el que el sujeto se reconfigura en su experiencia del riesgo corrido a partir de su preferencia. Si en términos formales la parresía remitía a la capacidad de decirlo todo ¿cuál sería el atributo que especificaría su función democrática cuando dicho régimen tiende a circunscribir dicho atributo como derecho y lo nombra “isegoría”? Una clave de la idea de democracia griega se halla en la distinción entre parresía e isegoría. Foucault analizó el vínculo entre democracia y parresía en función de diversos textos de la época clásica entre los que destacan la tragedia *Ion* de Eurípides y de los pasajes de Tucídides dedicados a los discursos de Pericles en su *Historia de la Guerra del Peloponeso* (Foucault 2009: 183ss.).

El patrón que Foucault ve en estos textos –por un lado en la aspiración y al mismo tiempo en el escepticismo de Ion por la posibilidad de ser reconocido como ciudadano griego por su

⁹ Sobre la invocación de la Grecia clásica en la filosofía política francesa contemporánea son muy sugerentes los estudios de Miriam Leonard (2005) y de José Luis Moreno Pestaña (2019).

repentina filiación con el rey Juto, y por otro en el registro en el que Tucídides pone al discurso de Pericles, representado como el primer ciudadano de Atenas- es la búsqueda de un cierto ascendiente que no se conquista en el plano de la universalidad formal de los derechos, sino en formas históricas de atribución de valor a los sujetos de la señalada enunciación. El prestigio buscado no constituye un emergente del derecho, sino un elemento previamente establecido.

El texto de la tragedia que se encuentra en el centro de la valoración foucaultiana de la democracia griega expresa con acritud la idea de que en la democrática Atenas la dignidad de la palabra no es el resultado de su despliegue retórico, sino de condiciones materiales de selección. De la potencia política de la palabra dice más el lugar de enunciación que el enunciado mismo. El texto de Eurípides es muy claro:

Mas escucha, padre, lo que yo sé: dicen que la autóctona e ilustre Atenas es raza no mezclada con extranjeros. Voy a caer allí aquejado de dos taras: ser hijo de extranjero y bastardo. Pues bien, teniendo ya esta mancha careceré de influencia y si llego a ser un ciudadano de primera fila en la ciudad y busco ser alguien, seré objeto de odio para la clase desposeída. Y es que todo el que destaca se hace odioso. En cuanto a los que son honrados y poderosos, si son sabios, callan y no se precipitan a la hora de actuar; para éstos seré objeto de burla y tachado de necio por no alejarme de la vida política en una ciudad llena de inquietud. Finalmente, los oradores y quienes manejan la ciudad me descartarán con sus votos si me acerco a los honores. Así suele suceder, padre: los que dominan las ciudades y los cargos se ensañan con sus adversarios (1985: 176-177).

Y más adelante:

Me marcho. Una cosa hace mi suerte incompleta: si no encuentro a la que me dio a luz, padre, no podré vivir. ¡Ojalá mi madre sea una mujer de Atenas! -si es que puedo expresar un deseo. Así tendré de mi madre

libertad para hablar. Pues si un extranjero da en una población no mezclada, por más que sea ciudadano según la ley, tendrá la boca encadenada y carecerá de libertad para expresarse (179).

Es evidente en el análisis del filósofo francés que la dinámica política democrática no puede reducirse a la atribución de derechos, sino a la forma histórica de la construcción del prestigio. El efecto político de este último en la escena pública supondría una modulación aristocrática de la democracia. La tensión entre igualdad formal y desigualdad material es ostensible que expresa un nudo de la democracia. No obstante es significativa la índole de la selección foucaultea puesto que si está dispuesto a historizar de manera rigurosa la obra analizada, el sector comprendido en dicha historización se circunscribe a uno solo de los polos de aquella tensión –la facticidad de las formas de selectividad democrática en la atribución de valor a ciertos discursos y no a otros-, mientras que el otro se halla completamente ausente. Foucault deliberadamente renuncia a problematizar los dispositivos que el propio estado ateniense activó para desarrollar una gestión democrátizante de tales tensiones.

Bibliografía

- Amor, S. (s/f). “Tersites, entre la Isegoría y la Tiranía”, https://www.academia.edu/2898601/Tersites._Entre_la_Isegoría_y_la_Tiranía, visitado 26/12/2019.
- (2016). “Basileís en combate. Fundamentos de la autoridad en Homero”, en *Sociedades precapitalistas*, Vol. 5, N° 2, pp. 1-13.
- Aristóteles. (1988). *La Política*, trad. Manuela García Valdés. Madrid: Gredos.
- Barker E. (2009). *Entering the Agōn. Dissent and Authority in Homer, Historiography and Tragedy*. Oxford/New York: Oxford University Press.
- Bellón Aguilera, J. L. (2017). “La democracia precaria. El sistema de sorteo de la democracia ateniense en Francisco Rodríguez Adrados y Antonio Tovar Llorente”, en *Daimon*, N° 72, pp. 125-140.

- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Canfora, L. (2003). *Crítica de la retórica democrática*. Barcelona: Crítica.
- (2004). *La democracia, historia de una ideología*. Barcelona: Crítica.
- (2014). *El mundo de Atenas*. Madrid: Anagrama.
- Cruz Prados, A. (2007). “Política y democracia en Aristóteles II”, en *Anuario Filosófico*, 2, Vol. 21, pp. 9-32.
- Droysen, J. G. (1988). *Alejandro Magno*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Duplá Ansuátegui, A. (1988). “Notas sobre el *senatus consultum ultimum*”, en *Actas del Primer Congreso Peninsular de Historia Antigua*, Vol. 3. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, pp. 31-40.
- Ehrenberg, V. (1960). *The Greek State*. New York: Barnes & Noble.
- (2010). *From Solon to Socrates*. London/New York: Routledge.
- Eurípides. (1985). *Tragedias II*, trad. José Luis Calvo Martínez. Madrid: Gredos.
- Finley, M. (1980). *Vieja y nueva democracia*. Barcelona: Ariel.
- (1995). *El mundo de Odiseo*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- (2016). *El nacimiento de la política*. Barcelona: Crítica.
- Foucault, M. (2009). *El gobierno de sí y de los otros*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Fraser, N. (2017). “¿Una nueva forma de capitalismo? Respuesta a Boltanski y Esquerre, en *New Left Review*, N° 106, Segunda época, pp. 61-70.
- Gallego, J. (2008). “Control social, participación popular y patronazgo en la Atenas clásica”, en *Circe*, N° 12, pp. 187-206.
- (2009). *El campesinado en la Grecia antigua. Una historia de la igualdad*. Buenos Aires: Eudeba.
- (2017). *La “pólis” griega: orígenes, estructuras, enfoques*. Buenos Aires: FILO:UBA.
- (2018). *La anarquía de la democracia. Asamblea ateniense y subjetivación del pueblo*. Buenos Aires: Miño y Dávila.

- Gernet, L. (1955). *Droit et société dans la Grèce ancienne*. París: Sirey.
- Graves, R. (1960). "Introduction", en *The Anger of Achilles: Homer's Iliad*. London: Cassell.
- Homero. (1991). *Ilíada*, trad. Emilio Crespo Güemes. Madrid: Gredos.
- Jaeger, W. (1995). *Paideia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Kouklanakis, A. (1999). "Thersites, Odiseus, and the social Order", en Miriam Carlisle and Olga Levaniouk eds. *Nine essays on Homer*. Cambridge MA: Harvard University, pp. 35-53.
- Jameson, F. (1989). *Documentos de cultura, documentos de barbarie*. Buenos Aires: Visor.
- Leonard, M. (2005). *Athens in Paris. Ancient Greece and the Political in Post-War French Thought*. New York: Oxford University Press.
- Loraux, N. (2008a). *La ciudad dividida*. Buenos Aires: Katz.
- (2008b). *La guerra civil en Atenas. La política entre la sombra y la utopía*. Madrid, Akal.
- (2011). *La invención de Atenas*. Buenos Aires: Katz.
- Lowry, E. R. (1991). *Thersites: a Study in Comic Shame*. New York/London: Garland.
- Marks, J. (2005). "The Ongoing *Neikos*: Thersites, Odiseus and Achilleus", en *American Journal of Philology*, Nº 126, pp. 1-31.
- Meier, Ch. (1985). *Introducción a la antropología política de la Antigüedad clásica*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Milanovic, B. (2018). *Desigualdad mundial. Un nuevo enfoque para la era de la globalización*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Moreno Pestaña, J. L. (2019). *Retorno a Atenas. La democracia como principio antioligárquico*. Madrid: Siglo XXI.
- Mossé, C. (1987). *Historia de una democracia: Atenas*. Madrid: Akal.
- Ober, J. (1996). *The Athenian Revolution. Essays on Ancient Greek Democracy and Political Theory*. Princeton: Princeton University Press.
- Païaro, D. (2016). "El discurso aristocrático sobre el fin de la tiranía en Atenas y la teoría democrática", en *De Rebus Antiquis*, Nº 6, pp. 53-93.

- (2018). “La democracia ateniense, entre la estabilidad y la anarquía”, en *Sociedades Precapitalistas*, vol. 8, N° 1, pp. 1-16.
- (2019). “Historiografía y participación política de masas: la “decadencia” de la democracia ateniense en el siglo IV a.C.”, en *Revista de Historiografía*, N° 30: pp. 263-285.
- Pickety, Th. (2014). *El capital en el siglo XXI*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Plácido, D. (1997). *La sociedad Ateniense: la evolución social de Atenas durante la Guerra del Peloponeso*. Barcelona: Crítica.
- Postlewaithe, N. (1988). “Thersites in the *Iliad*”, en *Greece & Rome*, N° 35, pp. 123-136.
- Rankin, H. D. (1972). “Thersites the Malcontent. A discussion”, en *Symbolae Osloense*, N° 47, pp. 36-60.
- Requena, M. (2019). “Imperio de la ley y democracia ateniense”, en Gallego, J. y Fernández, C. (comps.), *Democracia pasión de multitudes. Política, comedia y emociones en la Atenas clásica*. Buenos Aires: Miño y Dávila, pp. 103-130.
- Rodríguez Adrados, F. (1995). “Aristóteles en la Atenas de su tiempo”, en *Estudios Clásicos*, N° 108, pp. 43-55.
- Rose, P. (1988). “Thersites and the plural of voices of Homer”, en *Arethusa*, N° 21, pp. 5-25.
- Stuurman, S. (2004). “The voice of Thersites: Reflections on the Origins of the Idea of Equality”, en *Journal of History of Ideas*, Vol. 65, N° 2, pp. 171-189.
- Thalmann, W. G. (1988). “Thersites: Comedy, Spacegoats and Heroic Ideology in the *Iliad*”, en *Transactions of the American Philological Association*, N° 118, pp. 1-28.
- Ungureanu, C. y Serrano, I. (2018). “El populismo como relato y la crisis de la democracia representativa”, en *Revista Cidob d'afers internacionals*, N° 119, pp. 13-33.
- Vestri, G. (2017). “Una aproximación a la actual crisis migratoria en la Unión Europea”, en *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 9, N° 2, pp. 105-116.
- Wood, E. M. (1988). *Peasant-Citizen and Slave: The Foundations of Athenian Democracy*. Londres y Nueva York: Verso.

Vigencia y potencia de la teoría crítica del derecho

Validity and power of the critical theory of law

Rodrigo Calderón Astete¹

Universidad Pablo de Olavide - España

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 756-784

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e442>

Recibido: 01/02/2020

Aprobado: 15/05/2020

I. Introducción

Sobre todo sus partidarios se preguntan por la vigencia de la Teoría Crítica del Derecho; entre ellos se interrogan por los desafíos actuales, por donde debe ser ubicada en el mapa de la teoría del derecho, si llamarse iusmaterialismo o dejar abiertas las denominaciones y las fronteras a todas las variantes que confronten el saber jurídico hegemónico, o qué relaciones deben darse con otros juristas que se declaran defensores de derechos sin ser críticos del modelo normativo estatal. Estas preguntas además de políticamente pertinentes se constituyen como científicamente consistentes.

En su momento tuvo sentido preguntarse por su origen en América latina, si fue con la publicación de *El derecho como obstáculo al cambio social* (Novoa 1975) o la aparición

¹ Académico Escuela de Derecho Universidad Academia de Humanismo Cristiano. Doctor en Derecho, Derechos Humanos e interculturalidad. Universidad Pablo de Olavide. Sevilla. España. rcalderon@academia.cl / rodrigocalderonster@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5459-7258>).

del primer número de *El otro Derecho* (1988), si fueron las acciones de los servicios legales alternativos o los límites de las defensas de derechos humanos contra las dictaduras de seguridad nacional o los jueces alternativos los que impulsaron a la teoría o fue al revés. Surgieron otras: si el jusnaturalismo podía coincidir con el materialismo jurídico; si con libros fundamentales como *Estado, Derecho y Luchas Sociales* (Santos. 1991) o *Pluralismo Jurídico* de Antonio Carlos Wolkmer (2001), o tras el encuentro con los ibéricos (Herrera, Sánchez) el derecho alternativo europeo encontró continuidad o si hay originalidad en el subcontinente americano. Estas cuestiones permiten apreciar una panorámica de la pluralidad de identidades de la Teoría Jurídica Crítica, pero también cómo el saber surge desde la lucha microfísica local hasta las reflexiones doctrinarias que apuntan a la lucha por los derechos y la satisfacción de las necesidades como centro. Por ello si se quiere repensar la vigencia y desafíos de las Teorías Críticas del Derecho en los nuevos contextos es necesario buscar los nodos de su red, revisar cómo latencias que se reponen en las luchas mantienen el movimiento; no solo historiografiando sino ganando textura, profundidad y recursividad al analizar.

II. Genealogía, tensión, producción

Las Teorías Críticas del Derecho como conjunto de prácticas forman parte de un campo en tensión con otras posiciones, fundamentos y prácticas que se hacen a sí mismas, pensadas en forma diferente a otras hegemónicas, un ejercicio en parte común en parte diferente, que aún compartiendo algunos métodos difieren en el punto de partida y de llegada con otras modalidades de defensa; se delimitan por diferenciación y afirmación de contenidos y objetivos, tienen una historia y una genealogía reconocible y mantienen en disputa su actualización en contextos de dominación que mutan; y persisten en la búsqueda de una efectividad de justicia material. Estrato construido por operadores que lo activan. Como escribió Fernando Rojas (1988):

una generación de abogados ha trabajado duramente por disipar el estereotipo que se tiene sobre ellos. Ha intentado deshacer el ropaje que les hace ver elitistas, defensores del Estado y del estatus quo, y descorrer el velo que mitifica el derecho (p. 8);

prácticas señaladas por sus puntos cardinales: **a)** servicios legales alternativos y defensorías populares², **b)** hermenéutica y resolución crítica por abogados litigantes y jueces que planteaban movilizar el derecho hacia soluciones que removieran los obstáculos que impedían la justicia material para los más débiles, desbancando en ello “el discurso jurídico oficial – representante de la ideología liberal, capitalista y positivista de su condición de discurso único, metamorfaseado en ciencia neutra y apolítica” (De Carvalho y De Carvahlo. 2004. p. XI); **c)** reflexiones teóricas que atacan los supuestos del derecho liberal, formal, positivista, normativista y punitivista que sustenta las desigualdades sociales, que frente al agotamiento y a la crisis del actual paradigma de la ciencia jurídica tradicional (ya en sus vertientes idealista-metafísica, como en su vertiente foral-positivista) develan, lenta y progresivamente, el horizonte para el cambio y la reconstrucción de paradigmas modelados por contradiscursos crítico desmitificadores. (Wolkmer. 1994. p.14); **d)** una red de prácticas educativas y académicas que resumen, analizan, critican y recrean los límites de lo jurídico en una politización del hacer pedagógico; **e)** finalmente en el campo de los derechos humanos desde la llamada Teoría Crítica de los Derechos Humanos se sostiene que no basta el enunciado de derechos universales sino que es necesario reclamar derechos materiales, luchar por la eficacia de estos, enjuiciar críticamente los límites de esa forma abstracta de humanismo que prioriza el acceso al derecho judicial antes que a las condiciones materiales de vulneración, abstracción que olvida que “los valores de las fuerzas sociopolíticas la producción normativa, y sin embargos

² Al respecto puede verse Jacques P. Manuel. *Una concepción metodológica del uso alternativo del derecho*. El otro Derecho N° 1. Ilsa. 1988.

estas manifestaciones de poder, de intereses y de valoraciones sociales parecen desaparecer del derecho positivo como producto final (Medici. 2011. p. 39).

Todas estas prácticas pueden ser consideradas un estrato. Deleuze y Guattari (2010) indican que son capas constituidas al “formar materias, en aprisionar intensidades o en fijar singularidades en sistemas de resonancia y de redundancia” (p. 48), máquinas de capturas de acciones molares que se conectan, que actúan por codificación y territorialización, que forman un plano de condensación entre dos capas, los sustratos. Aportan a la vez acciones, experiencias, densidades y movilidades en la medida que cambia su estabilidad por densificación o por movimiento (re)generativo. “Un estrato considerado en su unidad de composición solo existe, pues, en sus epistratos sustanciales que rompen su continuidad, que fragmentan su anillo y lo gradúan” (p. 57) de manera que a la vez que verifica su composición se generan puntos de ruptura, de territorialización y desterritorialización, líneas que guardan independencia recíproca “sin necesidad de tener en cuenta los órdenes de tamaños” (p. 65). Entre ellas se arrastra una ondulación, un recuerdo, una forma de construcción, densificación y reordenamiento que produce su movimiento y afianza una potencia; un juego que resulta sorprendente mirado desde una instancia y desde otra parecer organizado y planificado; apariencia de repetición de la forma tradicional verifica una praxis diferente que las recrea.

Las Teorías Críticas del Derecho forman un estrato. Entre los puntos cardinales que las constituyen hay continuidades y diferencias, pluralidad y diversidad, programas de investigación y acciones locales, programa/acción que se territorializa en el conflicto concreto y desterritorializa en acciones dispersas que se reconocen, se aprenden, replican, analizan y reconstruyen solidariamente. Prácticas tipologizadas en conflictos reconocibles, que Jacques (1988) designaba como *conflictos entre necesidades humanas insatisfechas y norma legal*, procedimientos violatorios, decisiones de autoridad que ocurrentes en un lugar concreto su saber las extiende a un nivel abstracto que se

conecta con ese punto de ruptura, pasando del sustrato de esa disputa de micropoder a la abstracción conceptual que condensa lo que está en disputa, que se vivifica en perseverar, un *conatus*³ donde el derecho queda expresado como

ordenamiento jurídico debe ordenarse y referirse, a su vez, al sistema económico entendido como la forma de apropiación, concentración y distribución de los bienes y el sistema sociopolítico, entendido como el tejido organizacional y su relación con los niveles de distribución del poder (Jacques. 1988. p. 38).

Se trata ya no de la pregunta por la verdad de la norma sino por la decisión que debe resolverse el conflicto. “Se produce una laguna axiológica cuando existe una norma jurídica aplicable en el caso concreto, pero su aplicación a la situación específica conduce a una decisión injusta, es decir, una decisión que está en desacuerdo con los valores sociales” (Losano. 2004. p. 101); un juego de normas y valores que constituyen relaciones precisas de fuerza en un sistema social. Cuando se resuelve el conflicto satisfaciendo la necesidad insatisfecha y se ajusta la aplicación de las normas a ese objetivo los movimientos en los estratos se estabilizan, cuando por el contrario los niegan se licuefacionan y el estrato se desplaza, remueve el sistema, da curso a un conflicto que se reactiva volviendo el sistema inestable. Es en el territorio donde se actualiza el desplazamiento, se aprende, se comparte la sistematización de prácticas y se construye teoría que conecta rizomáticamente sin pretensión de unificación sino de encuentro en ese movimiento múltiples y lo usa no para ordenarse jerárquicamente sino como referencia entre sus puntos cardinales. Por eso las Teorías Críticas del Derecho no son un orden sino una relación de ejercicios que dialogan, que se estratifican y mueven buscando fluidez; por ello no permanecen en el paradigma de la certeza sino en el de la pregunta. Esas praxis operan en tensión con otras prácticas con las que se reconocen semejantes pero no idénticas. Es esa

³ <https://sites.google.com/site/diccionariodecenteno/c/conatus>

tensión lo que las hace un saber propio, plural y conectable con su objetivo axiológico de lucha por la dignidad humana y de satisfacción de necesidades.

Al decir de Bordieu (2011)

Los campos se presentan a la aprehensión sincrónica como espacios estructurados de posiciones (o de puestos) cuyas propiedades dependen de su posición en estos espacios, y que pueden ser analizadas independientemente de las características de sus ocupantes (que en parte están determinadas por las posiciones) (p. 112)

y en todo campo encontramos una lucha que debe ser estudiada en su especificidad por sus prácticas que constituyen un esquema generativo de estrategias “que pueden ser objetivamente conformes con los intereses objetivos de sus autores sin haber sido expresamente concebidas con ese fin” (p.119).

Esto nos permite situar los puntos cardinales de las teorías críticas en relación con sus contrapartes de modelos jurídicos formalistas y hegemónicos para comprender como las Teorías Críticas se construyen en esa doble acción de oposición y diferenciación. Mientras que el derecho hegemónico destaca por su matriz estatista, formalista y monista, en que “la formalización de la dogmática jurídica, resultante de datos lógicos y padrones de control jerarquizado inmunes a proposiciones y a juicios axiológicos, reduce el Derecho al orden vigente” (Wolkmer. 2006 p.69) las Teorías Críticas del Derecho proponen procesos cognitivos y de regulación plurales. Mientras el monismo jurídico encierra su juridicidad en la norma estatal y el conocimiento dogmático, “el pluralismo jurídico es la consecuencia metodológica de un empirismo radical, producido por los datos inmediatos y por la movilidad intensa de la experiencia jurídica” (Wolkmer. 2006. p. 176) y con ello de regulación de los espacios por sus habitantes directos, lo que da origen a la cohabitación de sentidos y prácticas.

Mientras el derecho formalizado busca la imponer soluciones de adecuación donde “la decisión está ya prevista en el

sistema, salvo en casos excepcionales y que al intérprete no le corresponde un papel constitutivo, sino explicitador de algo ya dado, y por consiguiente, reducible a pautas científicas” (Saavedra. 1978. p. 45) las Teorías Críticas definen el derecho como juridicidad abierta en un criterio de primacía de la materialidad antes que solo declarativo; lo proponen como mecanismo de redistribución de poder y riqueza que mejore las vidas cotidianas efectivas. Mientras el formalismo apela a valores de orden, certeza y acatamiento de procesos lógico-rationales abstractos como hace Rawls (1995), las Teorías Críticas del Derecho proponen “una nueva perspectiva de los derechos como procesos institucionales y sociales que posibiliten la apertura y consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana” (Herrera.2011 p.13).

Si por un lado la concepción privatista y procesalista liberal señala que los conflictos deben ser entendidos como individuales, patrimoniales, sujetos a mediación institucional, en que la defensa coincide con la de determinado grupo en posición dominante, las Teorías Críticas del Derecho plantean, como señaló Jacques (1988) una opción de disputa por los carenciados y necesitados en un horizonte de transformación social para la satisfacción de las necesidades, con métodos de trabajo que combinan acción institucional y social, que tiende a lo colectivo, en que la defensa no es solo profesional sino también comunitaria, con estrategias legales pero también jurídicas ampliadas a todas las esferas de discurso y acción, donde el valor de la participación en la demanda, en el proceso reivindicativo y en la construcción del resultado es central, que busca la amplia socialización de la comprensión jurídica y no el cierre al lenguaje de expertos. Frente a la norma como productor de certeza la Teoría Crítica del Derecho cree “inaplicables determinaciones de traslados mecánicos de sistemas globales normativos y de paquetes generales, absolutamente impuestos por un proyecto sociopolítico desde su estructura direccional” (Jacques. 1988. p. 32) y opta por un razonamiento que excluye la arbitrariedad y una justicia material antes que formal, que entiende la lucha

por el derecho como un proceso de desarme del estado de abuso y cambio del estatus quo capaz para producir dignidad,

Entendiendo por dignidad, no el simple acceso a los bienes, sino que dicho acceso sea igualitario y no esté jerarquizado a priori por procesos de división del hacer que colocan a unos en ámbitos privilegiados a la hora de acceder a los bienes y a otros en situaciones de opresión y subordinación. (Herrera. 2011. p. 26).

La Teoría Crítica del Derecho rompe así con el sentido del derecho que apunta siempre al individuo y al orden, qué como sostuvo Hegel (1987) “esta identidad del ser en sí y el ser puesto solo tiene obligatoriedad como derecho lo que existe como ley” (p. 331) en que el conflicto se resuelve aislándolo del contexto, burocratizando y ratificando el momento original del orden legal. Contra esto se propone introducir marcos de realidad en el debate, colectivizar y contextualizar el problema, promover la participación, manifestar un razonamiento de alteridad material y provocar satisfacción de necesidades y protección continua y no solo garantizar orden. Como sostiene Diego Duquelsky (2018)

La visión que sostienen las teorías críticas sobre la cuestión hermenéutica y la actividad judicial va a estar íntimamente ligada a su caracterización del derecho que, en palabras de Carlos Cárcova puede ser entendido: como una práctica social específica que expresa y condensa los niveles de conflicto social, en una formación histórica determinada. Esa práctica es de naturaleza discursiva, en el sentido que la lingüística atribuye a esta expresión, esto es, como proceso social de producción de sentidos (Cárcova, 2001: 30). El discurso al que nos estamos refiriendo, abarca tanto el de la ciencia del derecho, como el de las autoridades y los súbditos. Lo que los magistrados establecen, lo que los legisladores sancionan, lo que los abogados argumentan, lo que los litigantes declaran. Y no queda en las palabras. Esta práctica representativa incluye actos, gestos, ritos, creencias, mitos y ficciones. (p.196)

Con esa confrontación es que se verifica lo que Bordieu (2011) caracteriza como propio de la actividad en un campo determinado: la producción de un discurso ajustado a una situación y de un habitus que debe señalarse como “una especie de máquina transformadora que hace que reproduzcamos las condiciones sociales de nuestra propia producción” (p.133); en esa tensión se reconstruyen los procesos de conocimiento y comprensión del derecho. Ese discurso que se recrea en prácticas de disputa encuentra a su vez un eco en la academia que ya no solo enseña lo jurídico como un sistema normativo sino como un sistema de estrategias jurídicas en que el cuerpo de normas y procedimientos no resuelven por sí los conflictos sino que se trata de hacer un derecho “que contribuye a la creación y la prevención de disputas, así como a su solución mediante un discurso argumentativo acompañado de la amenaza de la fuerza” (Santos. 1998. p. 20), que al romper con la sacralidad de la perspectiva estatal lo define como un fenómeno social y político y hace posible la pluralidad que se opone a la abstracción monista. Se retoma así la idea del derecho como debate por la justicia y saber que construye analogía, hermenéutica, estándares de aplicación y mecanismos para medir esa justicia en tanto “el derecho tiene como finalidad la obtención de la justicia, principio inspirador que orienta el respeto integral del ser humano” (Sánchez, Seco, Suárez. 2005. p. 17).

III. Una teoría iusmaterial posible

Hace unos años (Calderón. 2013) sostuvimos que la Teoría Crítica del Derecho operaba sobre una red de matrices teóricas comunes en su diversidad. Hoy creemos posible ratificar que este campo posee un objeto propio de saber/hacer. Frente al derecho formalista fenomenológicamente aislado del contexto natural y social la Crítica Jurídica replanteó ese horizonte epistemológico abriendo sus fronteras a procesos e implicancias sociales buscando ser una disciplina dialogante, una ciencia del derecho pluralista e impura. Similar cuestión hizo con la

relación derecho y política, esferas que “no pueden separarse en la consideración de nadie puesto que son lo mismo: la forma y la sustancia del único proceso real de desenvolvimiento de una sociedad” (Barcellona. Coturri. 1976. p.13) y develó el rol instrumental del derecho formal como base de garantía del orden social dado. Al mostrar ese ocultamiento rescató el rol de las comunidades así como el aspecto positivo del poder de éstas al plantear su redistribución recuperando el pluralismo.

Si deja de entenderse que los sujetos sólo tienen aquellas facultades que se encuentran en la ley y se busca el derecho en la materialidad esto implica un cambio de saber y de metodologías. La pregunta clave ya no es por la fuente formal sino “la idea de un derecho como medio ordenado a la satisfacción de las necesidades fundamentales del Hombre. Por lo cual lo jurídico sobrepasa lo legal” (Jacques.1989.p.2). Se trata de una inversión de los criterios de la actividad jurídica desde la propiedad sobre los bienes protegidos hacia las necesidades humanas; con ello las relaciones entre sujetos dejan de entenderse como exclusivamente económicas para ser sociales, relaciones complejas individuos/comunidad sin que el entorno sea solo objeto de apropiación y consumo. Por tanto si cambia el criterio de la relación jurídica debe cambiar también el de la justicia, si no es ya el de la ley donde la formalidad y abstracción borra las diferencias de capacidad entre los sujetos reales lo justo requiere otros estándares de medición. La justicia necesita forma pero también medida material que permita observar y verificar un cambio efectivo en la situación que origina la conflictividad; la resolución del conflicto requiere discutir la disposición de los elementos que determinan la posición inicial de cada parte a fin no solo de reordenar la situación sino de redistribuir los elementos que obstaculizan la satisfacción de esas necesidades y causan el conflicto; con ello deben cambiar además los sujetos protagonistas, ya no individuos abstractos sino actores materialmente existentes en sus circunstancias, por lo que producir justicia implica discernir entre alternativas que afectan a implicados reales de manera efectiva, remover condiciones

materiales o culturalidades opresoras, así como debatir sobre la conveniencia de aplicar la ley y de qué forma hacerlo. Como señalaba Alda Facio (1992) una ley debe analizarse y reconocerse como discriminatoria no tanto por su contenido sino por su resultado.

En ese debate la crítica jurídica replanteó un asunto clásico de derecho procesal, el del conflicto: la litis procesal no responde a todos los conflictos sociales y restringe a una esfera de adecuación normativa y no material y multidimensional las relaciones sociales. Mientras que en la concepción positivista del derecho el conflicto se da siempre entre particulares con intereses contrapuestos y supuesta igualdad de condiciones, ya que por ideología se “parte del falso supuesto que la sociedad se encuentra en estado armónico, por lo cual de hecho se protege el status-quo, o sea, la posición socioeconómica ventajosa de un grupo sobre otro” (Jacques. 1986. P.14) el conflicto jurídico material no se reduce a clasificaciones disciplinares rígidas (derecho civil, penal, laboral, etc.) sino que se visualiza como una relación de actores en los diversos planos en que existe insatisfacción de las necesidades humanas y violación de Derechos Humanos; el litigio es así solo un momento de ese conocimiento. Las prácticas alternativas del derecho ponen en discusión el hecho que la institucionalidad pretende separar juridicidad de orden político, cuando sabemos que incluso los conflictos sociales individuales como el sexismo o racismo son manifestación de conflictos colectivos. “Visualizada así esta concepción abierta a la sociedad real, el conflicto jurídico no solamente se establecerá con la estructura jurídico institucional, sino también con las estructuras económicas, políticas y sociales” (Jacques. 1996.p 15).

Si todo conflicto jurídico es un conflicto ampliado, intersubjetivo no solo de intereses sino esencialmente de necesidades insatisfechas, usar el derecho no necesariamente es judicializar un conflicto: “Los usos del Derecho varían dependiendo tanto de la realidad -análoga - Derecho que se utilice, como de quién haga precisamente esa utilización” (De la Torre. 1990. p. 10). Si

el derecho es una práctica localizada de tácticas y estrategias que ocurren en una geopolítica determinada sus aplicaciones nunca son neutrales. El derecho puede ser usado también contra el orden dominante, haciendo de él una herramienta de lucha por la demanda o defensa de las necesidades económicas, políticas y sociales de la sociedad civil, un instrumento “que reconozca efectivamente los derechos de la población, sus prácticas culturales y sociales recobrando su naturaleza estrictamente universalística, no instrumental al servicio del poder y de la política de los sectores económicamente dominantes” (Rodríguez. 1990. p.65).

Resignificar los usos del derecho necesariamente lleva a determinar quiénes son los sujetos del uso del derecho. La Crítica Jurídica amplía los horizontes profesionalizantes de la abogacía como forma no participativa de ejercicio del poder. “Estos espacios que los abogados llenan como tales, “profesionalmente”, son espacios políticos; que reclaman la actitud política del abogado profesional.” (Correas. 1985.p. 218), En la estrategia de defensa tradicional la representación del caso señala como actores a los abogados y el Poder Judicial; en una estrategia jurídica ampliada no solo se trata de defensa litigante sino que instalado el conflicto en lo social se requieren acciones que incluyen a los afectados, especialmente si se trata de colectivos y comunidades. Frente a un fenómeno colectivo no puede tratarse al grupo solo como un agregado de individuos, lo que desnaturaliza su estado, sino que se requiere un reconocer que comprenda además de defensa judicial otras prácticas conjuntas de defensa, movilización, educación, afirmación de auto organización, crítica y denuncia del sistema legal, acciones que promueven la reapropiación de lo jurídico por los actores sociales.

Si la Teoría Crítica del Derecho se constituye en la pluralidad teórica, práctica, argumentativa y subjetiva que se conjugan en apertura hacia los contextos, ello deviene en una teoría impura del derecho, una matriz que considera primero el cuestionamiento de la objetividad de los ordenamientos jurídicos

y la neutralidad de los jueces; que cuestiona el razonamiento jurídico en tanto justificación del orden; que realiza operaciones que rompen el cerco disciplinar; que denuncia activamente el legalismo que se vincula con la dominación material y simbólica de la lógica contractual; que desarrolla estrategias que desafían las formas políticas de producción y protección del capital; que se constituye en un discurso de retórica propia distinta al formalismo normativista; que deconstruye el conocimiento jurídico, recompone sus elementos y se vincula a otros saberes. De ésta forma una matriz de saber fundada en la Teoría Crítica del Derecho, pluralista, finalista y materialista del derecho puede plantearse de la siguiente forma:

1. El derecho en tanto dice relación con el fundamento y ejercicio del poder, con la producción de sus formas y las relaciones entre los sujetos debe tender a la producción de una subjetividad emancipada, cuyo ejercicio nunca es neutro sino una disposición estratégica de elementos.

2. El derecho es una práctica social en la medida que se ejerce y activa estrategias y despliegues tácticos que impactan más allá del caso particular. Por eso “No basta con proclamar derechos, aunque ello sea esencial. Hay que crear además un entorno que favorezca el ejercicio real de sus derechos por las propias poblaciones”. (Juristes Solidarités. 1993.p. 8)

3.- El derecho crítico es un discurso disciplinar en la medida que se singulariza a sí mismo como jurídico. Si como decía Foucault (1982) el discurso “es ese conjunto regular de hechos lingüísticos en determinado nivel, y polémicos y estratégicos en otro” el que un debate sea o no jurídico es una lucha de posiciones. La dogmática jurídica pretendió un discurso cerrado y definitivo sobre los textos normativos, olvidando que “en el discurso jurídico se juega la correlación de fuerzas entre las fracciones en lucha por el poder”, (Correas. 1995. p. 80) por lo que producir discursos diferentes implica significados para una nueva cultura de derechos y vinculaciones e-co-responsables.

4. El derecho hace una práctica de su propio discurso, despliega tópicos discursivos presentes en los espacios sociales y políticos en que actúan los sujetos y consiguen así producción de su subjetividad en nuevos escenarios de resolución de conflictos y de disputa por las categorías de lo justo y necesario. Ese ejercicio de uso afirma lo diferente y operacionaliza nuevas estrategias de resistencia y de conquistas.

5. El derecho tiene lugar tanto en el estado como en la sociedad civil. El pluralismo jurídico mostró como en un mismo espacio geopolítico coexisten órdenes normativos diversos, funcionales o que confrontan la legalidad del Estado. Por lo tanto restringir lo jurídico al estado es restringir el horizonte de posibilidades de uso y apropiación de los derechos.

Contrariamente al insuficiente paradigma estatal dominante, representado por el dogmatismo jurídico convencional, el Derecho Comunitario, por estar inserto en prácticas sociales plurales, de las cuales es producto, trasciende a los órganos estatales, emergiendo de varios y diversos centros de producción normativa y adquiriendo un carácter múltiple y heterogéneo. (Wolkmer. 1994. p. XVI)

6. El sujeto jurídico es plural, admite sujetos individuales, colectivos y comunidades. En la cultura jurídica liberal-burguesa la categoría sujeto ha sido falseada, se describe la actividad del propietario como modelo único de subjetividad, por ello la actividad de comunidades y colectivos no encuentra respuesta apropiada. Se oculta así que el sujeto puede ser construido “desde una estructura simbólica transindividual, desde el Otro, que define y ubica al sujeto en un sitio de esa secuencia significativa, discursiva” (Braunstein, 1987. p.108) y potenciarse en una totalidad comprensiva de la multiplicidad de esferas del individuo.

7. Las prácticas jurídicas se desarrollan tanto en espacios institucionales, comunitarios como personales. Si el derecho se libera de la exclusividad estatal y los sujetos adquieren carácter plural ello trae como consecuencia la ampliación

de los espacios donde se verifican prácticas jurídicas; así las prácticas individuales adquieren politicidad y juridicidad finisecular y las colectivas una unidad de subjetividad compartida e integradora.

8. Los fines y funciones del derecho son siempre definidos desde lo político. Si el derecho tiene que ver con el poder no es una herramienta al servicio de cualquier política como imaginó Kelsen, sino que en verdad el derecho es la expresión formal de la política misma. Cada estrategia formula su propio sistema de derecho, funcional a sus objetivos.

9. La pluralidad es la base de todo otro hacer juridicidad. No se trata de diversidad dentro de una misma matriz sino de construcciones diferentes que armonizan y concatenan en un despliegue de posiciones, disposiciones, intereses y fines. Construir proyectos jurídicos de promoción y producción –no solo aceptación – de la pluralidad requiere romper con un pilar fundamental del llamado Estado de Derecho: no hay verdadera comunidad jurídica en tanto el eje de los derechos sea la ley; el paso siguiente de una nueva juridicidad es la igualdad, desigualdad y distancia entre estos polos puestos en contexto multidimensional, afirmados sobre la materialidad de las relaciones sociales y jurídicas y orientada a la satisfacción de necesidades por redistribución del poder social.

IV. Confrontar los ciclos políticos y económicos

Intentaremos ahora responder dos preguntas que nos parecen cruciales para la Teoría Jurídica Crítica, las de su vigencia y su potencia. Para ello es necesario revisar someramente las coyunturas históricas en que surgió y desarrolló, incluyendo los ciclos progresistas y el momento global neoliberal desintegrador y neofascista del siglo XXI.

Si en Europa hasta la década de 1960 la crítica consistía en una reacción al capitalismo y al modelo liberal autoritario de estado (Poulantzas, Mialle) y con posterioridad a Mayo del

68 a la alienación del individuo “es captado por numerosos dispositivos de control y se hace cada vez más extraño a un trabajo reducido a la repetición cadenciosa y embrutecedora de gestos mínimos, (Gobille. 2018) la escuela del Uso Alternativo del Derecho en Italia y España se planteó el uso de los dispositivos judiciales posibles para usar como dispositivos de emancipación. En América Latina el contexto original fue la reacción a las masivas violaciones de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que las dictaduras de seguridad nacional realizaron para instaurar regímenes neoliberales. Los juristas democráticos las confrontaron con el arsenal legal tradicional hasta verse frente a una constatación: el derecho al ser usado como instrumento de defensa o liberación choca con su límite de ser instrumento del orden y con ello herramienta de dominación; por eso la urgencia de actuar con un sentido militante de guerrilla jurídica urgente. De allí nacen las preguntas fundamentales de la Teoría Crítica del Derecho.

Tras la década de los ochenta del siglo veinte la oleada democratizadora trajo nuevos contextos de relativa apertura política, en que la violación de derechos se producía en contexto de estados formalmente democráticos y políticas económicas libremercadistas. Las nuevas políticas públicas neoliberales consistentes en el retiro del Estado del control soberano de su territorio y sus comunidades, con persistente desregulación laboral, no fiscalización de los aparatos financieros, políticas económica y socialmente regresivas mostraron que el neoliberalismo era no solo un modelo económico sino un proyecto político profundo y un inédito proceso cultural de sustitución de soberanía jurídica proteccionista por una economía auto regulada, una lógica del consumo como patrón de integración social y una teoría política que sustituye al ciudadano por el consumidor.

Al decir de José Eduardo Faría (1995) los rasgos más importantes son los siguientes:

- a) Crecimiento con desempleo, restringiéndose el mercado de trabajo por su traslado a países con menores salarios y protección laboral.

- b) Heterogeneización de las relaciones laborales de acuerdo a su grado de calificación.
- c) Desempleo estructural y xenofobia, ya que ese desempleo estructural aumenta la violencia contra los extranjeros inmigrantes.
- d) Fragilidad sindical, ya que la reivindicación de derechos laborales se sostiene lleva a disminuir la competitividad de las empresas.
- e) Deterioro de las condiciones de vida: la privatización de los servicios esenciales encarece su costo, que los desempleados no pueden pagar, marginalizándolos y haciendo aumentar la violencia urbana.
- f) Concentración de la renta, ya que el proceso económico de la globalización favorece la apropiación y concentración de los ingresos, conocimientos y derechos, disminuyendo el haber de los sectores sociales más pobres. (p. 30-31)

A lo que se sumaron otros tres fenómenos complementarios: **i)** Una crisis del Estado y del derecho como articulador social, reemplazándose por los criterios de la *lex mercatoria*; **ii)** una divergencia entre los tiempos de las urgencias sociales y las decisiones tecno burocráticas del estado; **iii)** La fragmentación del ejercicio del poder en una multiplicidad de centros de decisión y de producción de la dominación material y simbólica.

Las luchas sociales debieron enfrentar tanto la acción/omisión del Estado como los escenarios creados por los sectores privados que usan esta forma de Neo(No)Estado. Si antes la lucha de los movimientos sociales y de la crítica jurídica fue por el uso del derecho en beneficio de las mayorías explotadas y las luchas de resistencia los métodos debieron adaptarse a las formas de participación en procesos políticos semi abiertos buscando constituir “sujetos individuales y colectivos con poder de acción y decisión, capaces, en pleno gozo de la ciudadanía, de ejercer el control democrático sobre el Estado o sobre otra cualquiera forma de poder instituido” (Wolkmer. 1994. P.227), y así resistir y combatir la alianza bajo este nuevo modelo de

capital y estado. Se encuentra pendiente hacer estudios relevantes sobre el comportamiento de la Teoría Crítica del Derecho y las prácticas jurídicas populares bajo el llamado “Ciclo Progresista” inaugurado por la elección de Chávez en 1998, y sus repercusiones:

hubo una recuperación del papel del Estado en la economía, se desplegaron políticas sociales que redundaron en una reducción de la pobreza, en números absolutos y porcentajes. En varios países hubo mejoras en el terreno laboral que resultaron en aumentos de los salarios reales (incluso del salario mínimo), volvió a crecer el mercado formal de trabajo, se fortaleció la negociación colectiva y la actividad sindical, en algunos casos se llegó a niveles cercanos al pleno empleo, hubo recuperación de la economía campesina con apoyo de políticas públicas. (Codas. 2015. p.2)

Se verificó así una convivencia entre elementos de la globalización neoliberal con mejoras salariales y sociales, fortalecimiento de la actividad estatal y la incorporación al aparato público de importantes actores que habían sido militantes –jurídicos o políticos- contra el modelo neoliberal. Aún no sabemos con certeza si en ese proceso se verificó una relativa tregua de los movimientos jurídico-populares con las fuerzas en el estado, una alianza, una subsunción en ella y/o si operaron desde fuera colaborando más o menos críticamente con estos gobiernos. Sin estudios de respaldo es nuestra impresión que algunos actores importantes, como el MST en Brasil, asumieron una colaboración crítica, en tanto otros se subsumieron en las instancias formales del estado, apelaron a expandir el horizonte legislativo o judicial y coparon defensorías estatales, lo que se tradujo en un reforzamiento de las prácticas formalistas que antes se criticaban. Hay aquí un completo programa de investigación por hacer.

Sabemos además que éste ciclo político trajo lo que se ha denominado como neo constitucionalismo latinoamericano, que comprende los procesos que van desde la Constitución

Brasileña de 1988 hasta la Constitución Boliviana de 2009. Como muestra Medici (2016) implicó un desplazamiento del debate hacia la institucionalidad, entre seguir la teoría constitucionalista liberal enseñada en las universidades, que “se presenta desde el principio como teoría y práctica del gobierno limitado (p.169) y lo que este mismo autor establece en cuanto a que “los procesos constituyentes impulsados por la movilización popular de los grupos subalternizados en Venezuela, Bolivia y Ecuador nos está mostrando la necesidad de replantear el concepto mismo de poder constituyente” (p.182), que implica reconocer un genuino pluralismo e interculturalidad que lleve a una redistribución del poder hacia esos grupos. Con estas nuevas constituciones se abrió “el espacio de confrontación entre los derechos de los miembros de la comunidad política, y las instituciones constituidas positiva y concretamente” (p.191), donde nuevamente se plasma la tensión de los derechos consagrados como lucha por acceder a los bienes que permiten vivir.

La recuperación crítica del punto constitucional donde se articula una imagen social, una narración sobre el pasado, el presente y el proyecto, la necesidad de consistencia de la justicia social desde la articulación de lo ecológico, lo económico y lo político, el reconocimiento de la pluralidad social, de nuevos derechos humanos y garantías sociales, políticas, jurídicos, son objetivos irrenunciables de la sociopraxis crítica que no hay que abandonar a la ofensiva de los globalizadores hegemónicos, ni de sus aliados los constitucionalistas conservadores y encriptadores. (Medici. 2016. p. 354).

Ese avance de garantías y derechos por un lado corre el peligro de volver al pensamiento emancipador en pensamiento formal, tornar más importante lo escrito que el sentido, donde juristas formados en el formalismo normativista se extravían entre la forma y la axiología. Esto a su vez choca con las nuevas fases del neoliberalismo global reforzada desde Trump en adelante, que significó que la derecha pusiere fin a ese ciclo ganando las elecciones en casi todos los países,

En el nuevo ciclo post-progresista, se ha retomado el camino neoliberal (como en Argentina y Brasil); hay condena política a los antiguos gobernantes contra quienes se arguyen procesos judiciales (Cristina Fernández, Dilma Rousseff o Lula); se denigra o desvaloriza todo lo que se logró en el pasado inmediato; se encuentra apoyo en las fuerzas más tradicionales y reaccionarias, que fueron ejes de la oposición; se abandona el latinoamericanismo; se hace uso de la persecución política y se aprovechan los escándalos de corrupción para levantar los ánimos ciudadanos. (Paz y Miño. 2017)

Para poder contestar las preguntas actuales de la Teoría Crítica del Derecho debemos caracterizar el neoliberalismo actual que podemos designar como global, desintegrador y de post estado nacional, en que la acción del capital es cada vez más global, totalitaria y desenfrenada, buscando subsumir no solo la producción de bienes y de valores sino la vida entera.

Porque el capitalismo busca ahora expropiar el plusvalor no solo del trabajo en sentido estricto, sino también del ocio; ni solo de la propiedad privada, sino también de lo que los autonomistas llaman el común, y no solo de las cosas palpables, sino también de los sentimientos y los ánimos y los estados subjetivos. Todo debe ser comercializado y sujeto a competencia. Todo debe ser identificado como una marca. (Shapiro. 217.p. 172)

El estado nacional que conocimos, basado en una soberanía que se fundaba en el control de recursos, poblaciones y fronteras está siendo horadado por arriba y por abajo. En la medida que los recursos que generan valor y riqueza son las transacciones inmateriales y financieras más que los naturales, éstos bienes deben extraerse a escala cada vez mayor y ofrecerse más allá de cualquier frontera y esto debilita la función estatal de control, que queda dirigida solo a las poblaciones. De la misma manera se ha erosionado por abajo el control jurídico y el sentido de protección de la sociedad. “El modelo geopolítico basado en el estado nación, ya no puede explicar

el funcionamiento cotidiano de la vida. Hace falta un nuevo modelo de interpretación, basado en la transformación digital y la tecnología” (Berardi. 2019. p. 133)

Con ello el rol del estado ha cambiado. Srnicek y Williams (2018) indican que “el neoliberalismo difiere del liberalismo clásico por atribuir un papel significativo al Estado. Por tanto, una labor importante del neoliberalismo ha sido tomar el control del Estado y reorientarlo” (p.79) para regenerar permanentemente el espacio del mercado; la actividad del Estado se dirige a crear mercados, destruir los que no sirven y recrear a escala global y financiera lo que sea funcional a esto. Por ello en esta reconfiguración el estado es básicamente policía territorializada, y un hacedor activo de más mercado, donde el poder económico “demanda que el estado defienda los derechos de propiedad, haga cumplir los contratos, imponga leyes antimonopólicas, reprima la inconformidad social y mantenga la estabilidad de los precios a toda costa” (p.80). Ya no importa el derecho sino las reglas del juego.

El rol del mercado también ha cambiado, ya no es el lugar de intercambio ni el espacio económico regulado de producción de la riqueza sino un campo entre lo real y lo que creemos real (mercados a futuro, i+d, especulación algorítmica). “El mercado es una máquina de conciliación de esos dos planos” (Mason. 2016. p. 87), un espacio de técnicas para usar todo en la producción de más valor extraíble y apropiable. Lo que entendimos era el neoliberalismo en tanto técnicas monetarias y fiscales de deslocalización y privatización no era el modelo mismo sino instrumentos para destruir el sujeto enemigo del capital, el trabajo, e instalar su nueva antropología donde el Homo aeconómicus es diferente del sujeto propietario hegeliano. El juego ya no es voluntad y propiedad sino de intercambio y movilidad. El sujeto vende y consume y con ello gana y produce otras ganancias coetáneas, intercambia su propiedad como la ajena que usa (el espacio concesionado de las telecomunicaciones es el mejor ejemplo), ejercita y desea: “Existir es desear, y por consecuencia activarse” (Lordon. 2015.p.23). El derecho de propiedad solo es

útil en tanto entra al juego de posesión y desposesión para el uso de las cosas en beneficio privado. Si tradicionalmente “El individuo estaría alienado cuando es separado de su potencia de actuar y reunirse con ella, volver a coincidir con ella sería el sentido último de la desalienación” (p.157) el nuevo sentido de la inclusión de los sectores sociales ya no es por el acceso y propiedad sino que son sujetos solo en tanto acceden a los campos, instrumentos y reglas de juego de la verdadera neoburguesía. El problema es de acceso y de uso no solo de tenencia o propiedad. Las tecnologías provocan cambios veloces y brutales y desde la apariencia de uso reformulan lo que debe entenderse por conocimiento y contenido de este uso.

El gobierno de la subjetividad también ha cambiado, ya no se trata solo de vigilancia, control o posicionamiento en lugares cognoscibles y aprehensibles sino que el asunto es el de las formas mismas de gobierno, ya no solo de gubernamentalidad como lo que planteó Foucault, “La impotencia de la subjetividad es un efecto de la potencia total que adquiere el poder al independizarse de la voluntad, la decisión y el gobierno de los humanos, merced a su inscripción en la textura automatizada de la técnica y el lenguaje” (Berardi.2019.p.31). En ese ejercicio la Lex Mercatoria se ha redefinido, reforzado y reorganizado global y finisecularmente hasta imponerse como sentido común y con ello el derecho corre el riesgo de volverse espejismo o ser solo la legitimación de forma de la eficacia de la fuerza de la represión o del mercado y esto es definitivamente un problema político.

V. Vigencia y potencia de la teoría crítica del derecho

Intentaremos responder las preguntas de origen de éste texto no en abstracto sino considerando el actual neoliberalismo global desintegrador y sus territorializaciones locales.

Las Teorías Críticas del Derecho nacieron de preguntas urgentes frente a opresiones históricas concretas y a partir de allí desarrollaron una metodología en espiral basada en esos interrogantes que eran desafíos: ¿cómo enfrentar las contradicciones

entre realidad y legalidad mediante una acción distinta al hacer tradicional, como interpelar esa legalidad, que discursos construir, que miradas diferentes introducir apara ampliar los límites de la ciencia jurídica, como elaborar principios, objetivos y teorías propias, diferentes al saber oficial, para retornar al contexto material y la urgencia de la injusticia cotidiana? La producción de conocimiento y saber es siempre una cuestión metodológica, de manera que ese ejercicio de hacer/saber/hacer en las Teorías Críticas del Derecho no se plantea con pretensión de pureza ni verdad sino en perspectiva de apertura cognitiva y práctica.

A nuestro entender la Teoría Crítica del Derecho sigue vigente en su objetivo de buscar metodologías para hacer efectivos materialmente los derechos. Promover, educar y empoderar en los derechos a los sujetos plurales sigue siendo una necesidad por el contexto de carencia, alienación y subsunción de lo real en las formas mercado; pero sobre todo porque nos enfrentamos a problemas de regulación/desregulación que han mudado en su forma pero siguen provocando acumulación y exclusión de acceso y ejercicio de derechos. Igual que antes es necesario pensar y elaborar mecanismos que afirmen valores, principios, practicas y objetivos jurídicos que combatan el formalismo normativista devenido en mera regla de juego, que vaya más allá del solo activismo judicial recreando prácticas de lucha por la concretización material de los derechos y no se conforme en lo declarativo; y que obtenga de todo eso un conocimiento en sus diversos puntos cardinales, estratos y campos capaz de desplegar un saber comprensivo de lo institucional, lo material y sus intersticios e intervalos microfísicos y rizomáticos.

La siguiente pregunta que cabe es la de si las Teorías Críticas del Derecho tienen futuro. Para ello la interrogante se abre en una doble conjunción: primero si tiene sentido insistir en los derechos frente a los nuevos procesos globales y segundo cuales son las condiciones de posibilidad para realizarlos y adquirir eficacia jurídica, porque sin ellos como objetivos no hay crítica jurídica. La primera de ellas se vuelve tautológica porque la insistencia es una necesidad justificada en tanto los operadores

jurídicos críticos se plantean como necesario develar la opacidad del orden hegemónico para abrir y visibilizar espacios de conquista de derechos, pero además por que la insistencia es un acto de voluntad afirmativa, toda vez que todo saber implica la disputa de poder.

Respecto de la condición de posibilidad esto nos lleva a revisar otras dos cuestiones: primero, cuál de las características, métodos y principios que las Teorías Críticas del Derecho proponen siguen siendo válidas en este contexto y al respecto podemos decir lo siguiente:

1. El pluralismo de acciones, métodos, perspectivas teóricas, sujetos y estatutos jurídicos es un axioma a mantener frente a la tendencia centralizadora, acumuladora y excluyente de las perspectivas monistas que refuerzan el no poder del derecho profundo frente al mercado.
2. Las acciones de defensa jurídica deben seguir planteándose como ejercicio de diferencias con las defensas legales tradicionales, toda vez que una defensa jurídica transformadora incorpora esos métodos tradicionales pero es consciente de sus limitaciones y trampas.
3. La perspectiva que el formalismo normativista encierra una tensión entre control de orden y emancipación debe tenerse siempre a la vista, de manera que el uso alternativo del derecho debe considerar ese punto de regreso al orden que es parte de lo que se disputa.
4. Que los operadores jurídicos deben ser también plurales, no solo juristas, ya que los actores en conflicto aportan desde su saber no formalizado riqueza metodológica y estrategias extra jurisdiccionales. Por lo mismo crear, fortalecer y desarrollar sujetos individuales, colectivos y comunitarios que luchen por sus derechos refuerza los principios anteriores;
5. Que toda teoría y práctica jurídico crítica que se proponga debe desafiar los límites y sentidos del orden patriarcal y liberal de lo jurídico y la desregulación neoliberal; y

6. Que la perspectiva finalista y materialista de toda acción de defensa, interpretación o teorización del derecho debe encontrar su medida y posibilidad en la satisfacción efectiva de las necesidades humanas en una perspectiva no capitalista, es decir no sujeta a satisfacción solo de manera fetichizada.

La segunda cuestión es sobre que pistas podemos actuar en el contexto actual que describimos:

a) Frente a la acción global y descentralizada del capital las Teorías Críticas del Derecho deben proponer multiplicidad de acciones en planos diversos que se reúnan por sus objetivos y no por su referencia al ente estatal. Si en la interpretación neoconstitucionalista se plantea la internacionalización del derecho interno y la nacionalización del derecho internacional, hay que avanzar a pensar principios replicables en cada escala, en sus bordes pero también de los espacios intermedios de esos campos de manera que la tensión en ellos permita que los estratos se muevan y encuentren acomodos de derechos y necesidades.

b) Frente a la debilidad del estado nacional hay que fortalecer la perspectiva de uso emancipador del derecho no abandonando la disputa en la institucionalidad, toda vez que la desregulación busca precisamente eso, que dejen de usarse los espacios jurídicos y se recurra a los de resolución tecno-económica.

c) De esta manera más que reclamar una protección total del estado deben buscarse estrategias que irruman en los conflictos quebrando la lógica de desprotección y desregulación y que en esa irrupción disputen en qué sentido debe usarse el derecho y lo institucional buscando un reordenamiento de las relaciones sociales protegiendo al más débil.

d) Ante el rol del mercado como nuevo regulador del espacio político vaciado derechos hay que llevar esta disputa a su interior y proponen razón jurídica y no tecno financieras.

Las experiencias en materia de intervenir y controlar proyectos financiados por instancias internacionales puede ser usada como base de reflexión/acción.⁴

e) La insistencia en señalar que el sujeto debe constituirse como sujeto jurídico de necesidad y solidaridad se vuelve un axioma. Combatir la antropología neoliberal del omoaeconómicos por el de sujeto de derechos es fundamental.

f) La producción de una nueva subjetividad en época de modelos parciales de regulación/desregulación abre puertas a una nueva subjetivación en épocas de cambio sistémico. Si hasta ahora subjetividad y derecho tuvieron que ver con lo gobernable ahora hay que pensar su uso tecnológico como acto de independizarse de los perímetros represores del estado pero exigiendo la concurrencia de ese estrato en una perspectiva no ideologizada en la soberanía parcelada del espacio nacional.

Esto que puede parecer insuficiente se relativiza si recordamos que estamos en un proceso de reordenamiento del orden global, medio y local y que la reorganización permanente es una característica de este orden global territorializado/desterritorializado - regulado/desregulado. Cuando todo se encuentra en movimiento tiene sentido actuar con la racionalidad, discursos y prácticas jurídicas centradas en los derechos para irrumpir en los momentos de esa reorganización continua, recordando que el derecho es un interventor de realidades que puede ser aislante o impulsado por prácticas de conectivas. En derecho es un tecno lenguaje que se ejercita en el modo múltiple de sus aplicaciones. Será esa insistencia la que dará respuesta a los límites futuros de la crítica jurídica. Crear un futuro donde no siempre se ve es lo que constituye la potencia de la voluntad crítica.

⁴ Al respecto puede verse *Derecho a exigir respuestas. Reclamos de la Sociedad Civil ante el panel de inspección del Banco Mundial*. 2005.

Bibliografía

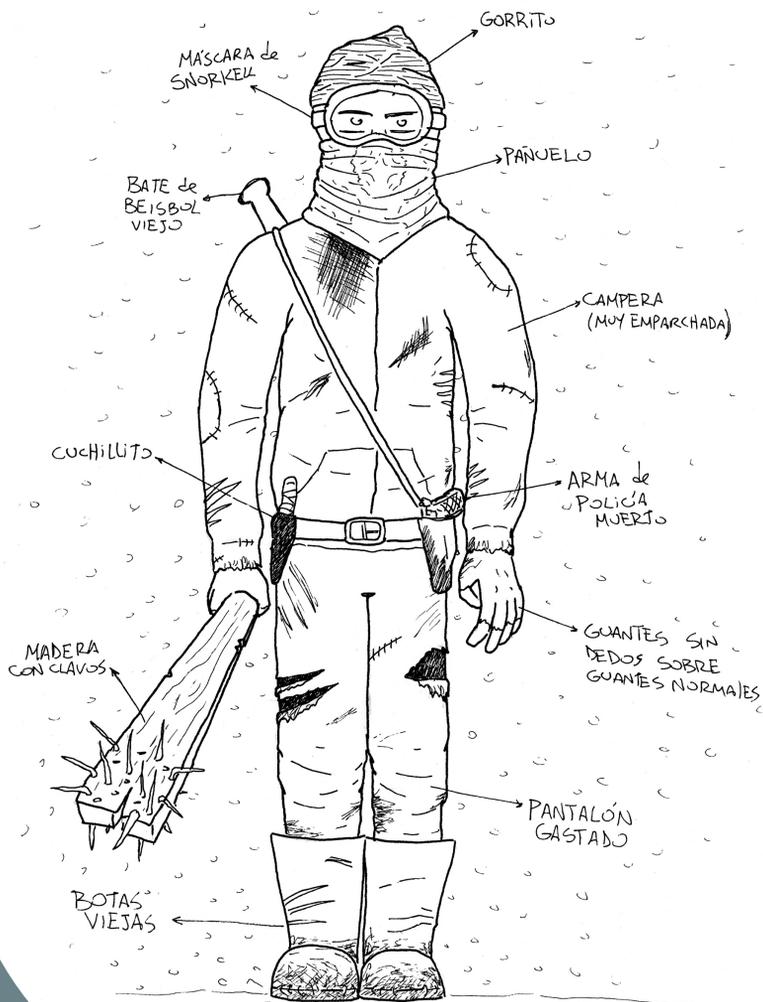
- Barcellona, Pietro y Coturri, Giusepe. *El Estado y Los Juristas*. Editorial Fontanella S.A. Madrid. 1976.
- Berardi, Franco. *Futurabilidad*. Caja Negra Editora. Buenos Aires. 2019.
- Bordieu, Pierre. *Algunas propiedades de los campos*. En Cuestiones de Sociología. Akal / Itsmo. Madrid. 2011.
- Braunstein, Nestor. *Psiquiatría, teoría del sujeto, psicoanálisis*. Editorial Siglo XXI. México. 1987.
- Calderón, Rodrigo. *Pensar otro derecho. Para una nueva poética jurídica*. Tesis Doctoral. Universidad Pablo de Olavide. 2013.
- Clarck, Dana. Fox, Jonathan. Treakle, Kay. Compiladores. *Derecho a exigir respuestas. Reclamos de la Sociedad Civil ante el panel de inspección del Banco Mundial*. Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2005.
- Codas, Gustavo. *Desafíos al ciclo progresista en América Latina*. Mate Amargo. Uruguay. <https://www.mateamargo.org.uy/2015/08/13/desafios-al-ciclo-progresista-en-america-latina/> 2015.
- Correas, Oscar. *Introducción a la Sociología Jurídica*. Editorial María Jesús Bosch. Barcelona. 1995.
- Correas, Oscar. *La democracia y las tareas de los abogados en América Latina*. ILSA. Bogotá. 1985.
- De Carvahlo Amilton y De Carvalho Salo. *Direito alternativo Brasileiro e Pensamento jurídico europeu*. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2004.
- De la Torre Rangel, Jesús Antonio. *Los pobres y el uso del derecho*. En El Otro Derecho Nº 6. ILSA. Bogotá. 1990.
- Deleuze, Guilles. Guattari, Félix. *Mil mesetas. Capitalismo y Esquizofrenia*. Pre-textos. Valencia. 2010.
- Duquelsky, Diego. *La falsa dicotomía entre Garantismo y activismo judicial*. En DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018) ISSN: 0214-8676
- Facio Montejo, Alda. *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. ILANUD. San José. C.R. 1992.

- Faria, José Eduardo. *Los temas ausentes en las reformas económicas latinoamericanas*. En *Portavoz* N° 43. Julio 1995. ILSA. Bogotá. 1995.
- Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Editorial Gedisa S.A. Barcelona. 1992.
- Gobille, Boric. Explotación, alienación y división social del trabajo. En <https://vientosur.info/spip.php?article13490> 2018.
- Hegel, Friedrich. *Principios de la filosofía del derecho*. Edhasa. Barcelona. 1987.
- Herrera Flores, Joaquín. *La reinención de los Derechos Humanos*, Atrapasueños. Andalucía. 2011.
- Jacques P. Manuel. *Educación para un Uso Alternativo del Derecho*. Quercum. Documento de debate N° 3. Santiago. 1986.
- Jacques P. Manuel. *Educación para los Derechos Humanos y las Estrategias de Defensa Jurídica desde la Sociedad Civil*. Quercum. Documento de debate N° 12, Santiago de Chile. 1989.
- Jacques P. Manuel. *Una concepción metodológica del uso alternativo del derecho*. El otro Derecho N° 1. Ilsa. 1988
- Juristes Solidarites. *Prácticas del derecho, producciones del derecho*. Juristes Solidarités. Paris. 1993.
- Lordon, Frédéric. *Capitalismo, deseo y servidumbre. Marx y Spinoza*. Tinta limón. Buenos aires. 2015.
- Losano, Mario. *La ley y la azada: orígenes y desarrollo del Derecho Alternativo en Europa y en Sudamérica*. En *Direito alternativo Brasileiro e Pensamento jurídico europeu*. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2004.
- Medici, Alejandro. *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas de derecho y derechos humanos*. Edulp. La Plata. 2011.
- Medici, Alejandro. *Otros Nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. Universidad Autónoma de San Luis de Potosí. 2016.
- Novoa Monreal, Eduardo. *El Derecho como obstáculo al cambio social*. Siglo XXI Editores. México. 1995.
- Paz y Miño Cepeda Juan. *América Latina: fin del ciclo progresista*. <https://firmas.prensa-latina.cu/index.php?opcion=ver-artic>

- le&cat=P&authorID=129&articleID=2390&SEO=paz-y-mino-
cepeda-juan-jose-america-latina-fin-del-ciclo-progresista 2017.
- Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. México. 1995.
- Rodríguez M, Eduardo. *La producción social del derecho versus autonomía*. En El Otro Derecho N° 6. ILSA. Bogotá. 1990.
- Rojas Hurtado, Fernando. *Comparación entre las tendencias de los servicios legales en Norteamérica, Europa y América Latina*. En El otro Derecho N° 1. ILSA. Bogotá. 1988.
- Saavedra, Modesto. *Interpretación jurídica y uso alternativo del Derecho*. En Sobre el Uso Alternativo del Derecho. Fernando Torres Editor. Valencia. 1978.
- Sanchez, David. Seco, José. Suárez Juan. *Estudio Preliminar*. En Iusnaturalismo, Personalismo y Filosofía de la Liberación. Una visión Integradora. De la Torre Rangel, Jesus. Editorial MAD. Sevilla. 2005.
- Santos, Boaventura de Sousa. *Estado, Derecho y Luchas Sociales*. Ilsa. Bogotá. 1991.
- Shaviro, Steven. *Estética aceleracionista: ineficiencia necesaria en tiempos de subsunción real*. En Aceleracionismo. Estrategias para una transición hacia el postcapitalismo. Caja Negra Editora. Buenos Aires. 2017.
- Srnicek, Nick. Williams, Alex. *Inventar el futuro. Postcapitalismo y un mundo sin trabajo*. Malpaso. México. 2018.
- Wolkmer, Antonio Carlos. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Editorial Académica. Sao Paulo. 1995.
- Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. Editorial Alfa Omega. Sao Paulo. 1994.
- <https://sites.google.com/site/diccionariodecenteno/c/conatus>

SECCIÓN ESPECIAL PUEBLOS SIN ESTADO

EL POBRENAUTA



la voz calma
rodeada de miradas
cuando baja el sol
y entre la inquietud y el frío
suena el silbato
la salida se hace esperar
tanto como la lluvia
y cuando ella llegue
caerá serena la noche

Autora: *Serena Coria*

Intento llegar
explorando el laberinto
de tu conciencia.
Intento entender
tus acciones, tus reacciones,
tus deseos.
Logro encontrar algo.
Veo que una puerta se abre.
Pero sé que lo que voy a encontrar
será otra puerta cerrada.

Autora: *Mara Gómez Guerrero*

Ilustración de portada: *María Belén Meyer*

Más allá del pluralismo jurídico indígena

Beyond indigenous legal pluralism

Juan Manuel Salgado¹

Universidad Nacional de la Patagonia

San Juan Bosco - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 787-806

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e443>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

I. Introducción

“En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros valles se cubrieron de verdores y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia”.

Este es el preámbulo de la actual constitución boliviana y creo que se trata de uno de los textos más útiles para acercarnos

¹ Abogado. Director del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (Patagonia argentina). Profesor de Filosofía del derecho (Univ. Nac. de la Patagonia San Juan Bosco, sede Trelew). Defensor público penal (Provincia del Chubut). Ex presidente de la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI). Ex Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue. Ex Fiscal Federal. Ex Juez penal de la Provincia del Neuquén. Coautor del libro “El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino”.

a la comprensión de los cambios políticos entre los cuales quiero encuadrar algunas reflexiones sobre el *pluralismo jurídico* en nuestro continente.

Me interesa explorar y de algún modo precisar algunas aristas del pluralismo jurídico en América Latina para estrechar su vinculación con las luchas por la vigencia de los derechos humanos y sociedades democráticas e igualitarias. Aunque en términos generales suele utilizarse la expresión *pluralismo jurídico* para aludir al hecho de la coexistencia de varios sistemas de derecho, en este trabajo prefiero restringir el concepto a los supuestos de reconocimiento por el *estado*,² en condiciones de igualdad, de más de un orden jurídico. No lo hago por un afán de definir mejor tratando de precisar alguna *esencia* última, sino porque limitando el tema a la coexistencia en el estado de un modo que no implique subordinación de un sistema respecto del otro puedo resaltar los aspectos emancipatorios presentes en un estado plurinacional, tomando las referencias a una pluralidad de hecho, o sociológicas, sólo como soporte de propuestas de reconocimiento político.

Es que *pluralismo jurídico* y *estado plurinacional* constituyen dos aspectos de una misma corriente transformadora que pone en cuestión ciertos puntos nodales, políticos, jurídicos y culturales, sobre los que se han asentado el racismo y la injusticia social en nuestro continente.

II. El origen de nuestros estados latinoamericanos

Durante miles de años, en los espacios geográficos que hoy conocemos como América, vivió una extensa variedad de pueblos diferentes. Nómades, agricultores o pastores, la mayoría asentados en pequeñas comunidades rurales, aunque también

² Según la Real Academia Española la palabra “Estado” se escribe con mayúscula. Constituye una excepción a las reglas del idioma puesto que se trata de una expresión genérica y no de un nombre propio, lo que sólo puede explicarse por un desplazamiento histórico en donde “Estado” sustituyó a “Dios” como fuente de poder y racionalidad. En este trabajo no respetaré esa excepción dado que no comparto sus presupuestos ideológicos.

los había en unas pocas ciudades establecidas. Estaban en las mesetas, en las selvas, en los desiertos, en las llanuras, en las regiones heladas y también en las zonas calurosas y templadas, en las cumbres de las montañas y en los valles. Tenían sus distintos idiomas, algunos muy diferentes y otros de ellos de raíces comunes que se modificaban de aldea en aldea. La inmensa mayoría hacía sus vidas y moría en el mismo lugar de su comunidad, con sus familiares de sangre, sus amistades y las personas de su confianza o conocimiento.

Sobre este universo de extrema diversidad, hace poco más de quinientos años comenzaron a llegar desde el otro lado del océano unos extraños hombres. Los traía el ánimo de conquista, la voluntad de hacerse dueños de riquezas y de imponer su señorío sobre quienes consideraban salvajes sin ley ni dios. Sobre los pueblos nativos asentaron su superioridad militar y su organización estatal burocrática, portando además las ideas e instituciones que a sus ojos legitimaban la dominación colonial.

El mundo del que venían, hacía unos siglos que transitaba unos procesos políticos centralizadores. El Imperio Romano de occidente había desaparecido unos mil años antes ante el avance de numerosos pueblos de organización tribal que habían borrado los vestigios de una autoridad común sustentada en una hegemonía militar ya desaparecida. Fueron los francos, alemanes, frisios, visigodos, ostrogodos, borgoñones, lombardos, sajones, vándalos, suevos, anglos, jutos, celtas, normandos, magiares y eslavos, entre otros (Berman, 1983, pág. 62). Para el año 1000 d.C. sólo había en Europa occidental algunas pocas ciudades de no más de 10.000 habitantes y el resto de la población se hallaba dispersa en aldeas que a veces se agrupaban en condados y éstos en reinos muy laxamente organizados. El gobierno de estos reyes sólo tenía lugar de modo intermitente y en las emergencias, pues carecían de toda organización que les permitiera disponer de un mando permanente centralizado.

Si en ese contexto europeo buscáramos rasgos de lo que hoy llamamos *derecho* no encontraríamos nada parecido a lo que actualmente consideramos con ese término. Muy poco de la

legislación estaba escrita. “No había una judicatura profesional, una clase profesional de juristas ni una bibliografía jurídica profesional. La ley no estaba sistematizada conscientemente. Aún no había sido ‘arrancada’ de la matriz social de la que formaba parte. No existía un cuerpo en desarrollo, independiente e integrado de principios jurídicos y de procedimientos claramente diferenciados de otros procesos de organización social y articulados conscientemente por un grupo de personas especialmente preparadas para esa tarea” (Berman, 1983, pág. 60).

Fue en ese escenario social que a partir del siglo XII comenzaron a producirse una serie de transformaciones políticas cuya dinámica facilitó, siglos más tarde, la constitución de la política y el derecho centralizados en el estado soberano. Ello fue alcanzado mediante un proceso de múltiples articulaciones que abarcó la producción de sistemas de ideas a través de las novedosas universidades y la conformación de estructuras administrativas y judiciales burocráticas, integradas por los profesionales egresados de aquellas, quienes ejercían la autoridad en modos estandarizados y portaban una misma concepción acerca de lo que eran el derecho, las jerarquías sociales y las formas “racionales” de organización social y de solución de conflictos.

La burocracia eclesiástica primero y luego los más extendidos aparatos administrativo, judicial, militar y financiero, en manos de los reyes, fueron reemplazando e ilegalizando las prácticas locales o comunitarias conformadoras de ámbitos sociales anteriormente regidos de modo autónomo por sus propias costumbres y autoridades.

Para la época en que las huestes de la península ibérica comenzaron a llegar a América, las monarquías, especialmente la española, ya habían sobresalido por encima de los diferentes espacios políticos a los que iban subordinando. De todos modos todavía subsistían innumerables colectivos humanos parcialmente regidos por sus costumbres, foros municipales, estatutos corporativos o gremiales y concesiones reales. Ese “pluralismo jurídico” medieval, que correspondía a un derecho emanado de distintas fuentes y aplicado por autoridades

surgidas de diferentes modos, coexistía con el derecho de los reyes y expresaba la autonomía frente a ellos de los grupos que lo utilizaban. Por eso puede decirse que durante los siglos XV a XVIII la historia del derecho europeo consistió en la extensión del poder del estado hasta monopolizar la producción jurídica tanto en la faz de sanción de normas obligatorias como en la de las autoridades encargadas de aplicarlas y hacerlas efectivas mediante la fuerza.

En este proceso histórico de consolidación de los estados europeos, la conquista y dominación de América tuvo un rol adelantado. Los monarcas se encontraron aquí con “un Nuevo Mundo libre de las tradiciones e inhibiciones de la sociedad del Viejo Mundo, una tabula rasa en la que los soberanos españoles podrían imprimir sus propias concepciones de autocracia real, sin limitaciones de tradiciones institucionales o de derechos de clase o regionales, ni de privilegios heredados de tiempos anteriores” (Haring, 1947, pág. 15). Carente de las limitaciones peninsulares de los fueros locales, las costumbres, las decisiones judiciales o los privilegios corporativos, la colonización transplantó todas las instituciones legales castellanas de inspiración romano canónica, vertebrando un extenso cuerpo de funcionarios que las aplicaban, produciéndose por primera vez un orden jurídico enteramente estatal.

El estado español en las Indias fue así el primer “estado moderno”. De un modo que no se conocía en Europa, sobre la diversidad de sociedades nativas sometidas se sobrepuso un poder general completamente externo, con su propio idioma, sus instituciones educativas, su religión organizada, un derecho uniforme y una burocracia técnica que exhibió la notable supremacía de la maquinaria administrativa como herramienta de dominación cuando se encontraba liberada de respetar las resistencias locales. Así el monismo jurídico fue estrenado en el mundo como una muy eficiente técnica de la colonización americana.

El pluralismo legal que todavía sería por uno o dos siglos más una característica del derecho en Europa, no tuvo lugar

en el derecho oficial indiano. Difícilmente podría mencionarse como tal el mantenimiento del derecho eclesiástico, ya que la Iglesia formaba parte del mismo dispositivo de poder, subordinada a la monarquía en la común tarea de sometimiento de los pueblos originarios.

Tampoco podríamos llamar pluralismo jurídico a la circunstancia de que en muchos casos los pueblos conquistados pactaron o toleraron de hecho sus condiciones de sometimiento preservando parte de sus culturas y costumbres, puesto que la principal razón de este mantenimiento de espacios colectivos subordinados consistía en su funcionalidad con un sistema colonial ejercido por una extrema minoría cuya burocracia no tenía la extensión necesaria -la que adquiriría con los siglos y ya durante las repúblicas- para penetrar en todos los espacios de vida cotidiana. La última instancia de estos modos precarios de pluralidad era, sin embargo, la posibilidad de ejercicio descontrolado de violencia por parte de las autoridades, pues como lo enseñaba Mariátegui, “los conquistadores españoles, por su escaso número, no podían imponer su dominio sino aterrando a la población indígena” (Mariátegui, 1928, pág. 23).

III. Los mitos del estado

No desconozco que prácticas imperiales análogas han sido calificadas como *pluralismo jurídico* e incluso tomadas como principal objeto de estudios sociológicos y antropológicos en la emergencia contemporánea de este concepto (Griffiths, 1986, pág. 6). Sin embargo a los fines de este trabajo, este tipo de coexistencia de sistemas al igual que las formas preestatales europeas sólo pueden tomarse como resabios *fósiles*, inábiles como vehículos de una propuesta actual vinculada a la vigencia de los derechos humanos y la plena igualdad y democracia. Si alguna utilidad tienen estos antecedentes sólo puede ser la de evitar que se considere al pluralismo jurídico como una “invención extravagante” de mentes imaginativas, pues aquellos pueden exhibir que la coexistencia de diferentes órdenes legales ha

sido, con mucho, la característica de la vida jurídica de la mayor parte de la historia de la humanidad.

Sólo con este fin y para advertir de qué modo se ha adulterado incluso la propia génesis del derecho europeo en nuestras universidades latinoamericanas es que encuentro conveniente citar al historiador Harold Berman cuando sostiene que tal vez “la característica más distintiva de la tradición jurídica occidental sea la coexistencia y competencia, dentro de una misma comunidad, de diversas jurisdicciones y diversos sistemas jurídicos” (Berman, 1983, pág. 20). Aun cuando no se comparta tal valoración, no puede dejar de señalarse que se trata de una afirmación que asombraría a cualquier abogado, puesto que no es esa la historia que se enseña en nuestras facultades de derecho y escuelas de abogacía, que difunden como si se tratara de una verdad revelada la idea de que la unicidad jurídica y la identificación del derecho con el estado constituyen uno de los rasgos más avanzados del progreso civilizatorio. Un mito que ha tenido en estas tierras más fortuna que en la propia Europa, ya que aquí la centralidad del estado y su poder ejercido verticalmente sobre los pueblos y clases sometidas fue, y en gran medida continúa siendo, la clave de bóveda de la arquitectura política de la colonización.

Este mito ideológico encontró su mejor formulación originaria en la filosofía de Hobbes, que podría resumirse del siguiente modo: sólo el estado con su autoridad y su fuerza coactiva garantiza la vida social, que de otro modo sería una anarquía (Hobbes, 1651). La consecuencia que se extrae de ella es que sólo las reglas que el estado establece constituyen derecho y como éstas no pueden ser incoherentes entre sí no hay más que un solo sistema legal. Kelsen lo resume en la formulación de que el orden jurídico es único, pleno, coherente y jerarquizado (Kelsen, 1944, págs. 129 y sigs.). Esta es la ideología que subyace aún actualmente a las prácticas generalizadas de la función pública en todas sus ramas. No porque quienes la integran hayan estudiado a Hobbes o a Kelsen, que casi nadie lo hace, sino porque detrás de sus intervenciones se encuentra

la concepción de que el poder que ejercen sobre las personas es imprescindible para que éstas puedan coexistir entre sí, por lo que toda actividad social organizada de modo autónomo, informal o espontáneo, es sospechosa de anarquía o desorden.³

Es por eso que pese a la copiosa producción escrita actual sobre pluralismo jurídico en los ámbitos de investigación de sociología del derecho, filosofía del derecho y derechos humanos, se trata de un tema ausente en la enseñanza de la abogacía y en la literatura jurídica profesional. Una temática a la que nadie acude para sustentar posiciones en los tribunales, ni siquiera en aquellas actividades de los grupos poderosos que desde hace tiempo gozan de los privilegios de la autonomía jurídica, como las bolsas de comercio, los negocios del deporte profesional y los fueros militares.⁴

Es que el modelo teórico del derecho liberal individualiza separando a las personas de sus vínculos reales y se opone cuanto puede a la legalización de identidades colectivas constituidas en la interacción social. Lo hace en términos de “principios”, al tiempo que oculta e invisibiliza las reglas que facilitan la acción autónoma de las comunidades dominadoras, cuya existencia ampara mediante garantías engañosamente presentadas como individuales.

IV. Los derechos frente al estado como autonomías colectivas

El punto de partida de la teoría del contrato social -apenas valdría la pena decirlo, dados los conocimientos actuales de

³ Muy ilustrativa es la utilización que se da en la Argentina, al término “quilombo” como sinónimo de caos, un uso que combina el racismo con la descalificación de la vida comunitaria sin estado. “Quilombo”, sin embargo, es el nombre que se dio originalmente a las comunidades selváticas libres, conformadas por ex esclavos africanos fugados del régimen esclavista.

⁴ La circunstancia de que en la Argentina, a partir del retorno a la democracia en 1983, se haya subordinado fuertemente el poder militar a las autoridades democráticas, no debe hacernos perder de vista que el “fuero militar” funcionó hasta ese momento como un espacio de autonomía y privilegio, como aún lo hace en varios países de América Latina, con sus propias leyes, reglamentos y tribunales, que excluye a sus miembros de la jurisdicción ordinaria civil en la gran mayoría de los casos.

la ciencia social-, es palmariamente falso: no sólo la inmensa mayoría del tiempo que ha vivido la humanidad ha encontrado formas sociales de convivencia sin necesidad de una autoridad como la del estado moderno, sino que aún hoy innumerables culturas, como las de los pueblos indígenas, tienen su propia organización y normas comunitarias sin necesidad de un poder externo y superior a las personas que los integran. Aún los propios fundadores de la teoría moderna del contrato social reconocieron la existencia de sociedades en “estado de naturaleza” que no se autodestruían (Hobbes, 1651, cap. XIII, pág. 137; Locke, 1690; pág. 213). De modo que si esta ideología ha perdurado y sigue siendo el fundamento implícito del positivismo jurídico, hegemónico en las prácticas estatales, no es porque sus fundamentos declarados sean plausibles.

Lo que resultó evidente de su aplicación a las condiciones históricas concretas fue que estas prohibiciones a la posibilidad de sociabilidad espontánea estuvieron primordialmente dirigidas a las personas y grupos humanos considerados “inferiores”, con lo que la unicidad estatal, el racismo, el colonialismo y la dominación capitalista se fueron conformando juntos. Aunque Hobbes expresó con coherencia la doctrina de que toda sociabilidad requería la existencia de un estado sin el cual aquella era imposible (o peligrosa), las clases dominantes de la Inglaterra en que esa idea había sido propuesta rechazaron que se aplicara hacia ellas, conservando frente a la monarquía los privilegios que ya detentaban en el derecho feudal, novedosamente formulados como “derechos individuales”.

Desde esta perspectiva podemos apreciar mejor la emergencia de los llamados “derechos de primera generación”. Se exponen como si protegieran a individuos aislados pero basta imaginar los contextos de aplicación de la mayoría de ellos para advertir que se trata del resguardo de interacciones comunes a un determinado colectivo social. La libertad de expresión incluye la de no impedir la formación de una audiencia, el derecho de propiedad involucra a las actividades de adquisición y enajenación en un mercado, y la asociación así como

los derechos políticos se ejercen, obviamente, dentro de una comunidad, al igual que la religión, cuya protección requiere la organización de los fieles.

Las comunidades que necesitaban estas libertades “individuales” para el fortalecimiento de su identidad común, las clases propietarias de los siglos XVII y XVIII, adquirieron un resguardo colectivo frente al estado mediante el reconocimiento de esos derechos. Armadas con ellos y manteniendo la autonomía tradicional de las prácticas mercantiles mediante las instituciones del derecho comercial, a través de la expansión de la legitimidad del contrato establecieron sus propios sistemas de producción de normas de circulación de la propiedad, sus sociedades comerciales y asociaciones civiles, así como sus mecanismos “privados” de resolución de conflictos. Desde los reglamentos y los tribunales internos de las bolsas empresariales hasta la autoregulación de los mercados financieros, toda esta actividad se hallaba protegida estatalmente y cubierta por la “soberanía del contrato” que amparaba su ámbito propio de sociabilidad. Esta *soberanía* era más que una metáfora, ya que brindaba la investidura de una potestad pública a las actividades regulatorias de una clase efectuadas al margen de las decisiones estatales, pues los términos del contrato (incluyendo los estatutos sociales) “ocupan el lugar de la ley”, como decía el Código Napoleón.⁵

Aunque no se lo haya denominado de ese modo, podemos decir que se trataba de un “pluralismo jurídico burgués”, que con el vocabulario de los derechos individuales sustraía de la normativización y poder estatales a las prácticas colectivas de las clases propietarias. Sin embargo este esquema no refrenaba a estas clases para compartir el control del estado con la burocracia e imponer el modelo hobbesiano al resto de la sociedad. Creo que nadie lo ha expresado mejor, con el lenguaje a veces

⁵ Artículo 1134 del Code Civil des Français que en la versión del primer Código Civil argentino sostenía que se trataba de una regla a la cual las partes “deben someterse como a la ley misma” (artículo 1197).

brutal y despojado de hipocresía de las élites latinoamericanas, que Sarmiento: “Una Constitución no es la regla de conducta pública para todos los hombres. La Constitución de las masas populares son las leyes ordinarias, los jueces que las aplican y la policía de seguridad. Son las clases educadas las que necesitan una Constitución que asegure las libertades de acción y de pensamiento; la prensa, la tribuna, la propiedad, etc., y no es difícil que éstas comprendan el juego de las instituciones que adoptan” (Sarmiento, 1853, pág. 30).⁶

Si puede incomodar esta reducción de la universalidad de los derechos clásicos individuales y su contextualización histórica como “pluralismo jurídico burgués” bastaría con apreciar que para la mayoría de sus defensores, hasta mediados del siglo XIX no resultaba incompatible con la esclavitud, efectiva en América y en las colonias de los países europeos, incluida la Francia de *les Droits de l’Homme*.

No es mi intención reiterar aquí lo mucho que ya se ha dicho desmitificando al *sujeto de derechos* moderno, el que desde un sitio universal ha descendido a su ubicación real como varón, europeo, adulto y propietario. Lo que quiero resaltar es que la contracara de la primera formulación de lo que hoy conocemos como *derechos humanos*, ya conllevaba la autonomía jurídica colectiva de sus destinatarios, aún cuando ni siquiera se lo expusiera de ese modo ni se aludiera al pluralismo jurídico que implicaba.

De modo análogo, esto es, como la adquisición de espacios sociales de autonomía jurídica frente al derecho oficial, pueden apreciarse también los derechos sociales llamados “de segunda generación”, la organización sindical, la huelga, los convenios colectivos de trabajo, los mecanismos participativos

⁶ Se trata de una obra —*Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*— cuya sinceridad y crudeza explican que no haya sido reeditada en los últimos 90 años (salvo una muy breve selección de Editorial La Ley, en 2004, que omitió la mayor parte del texto incluidos los párrafos citados y todos aquellos en donde se expresa la ideología antidemocrática del autor).

de conciliación y arbitraje (Walkmer, 2006, págs. 242 y sigs.). La historia de su adquisición, como se sabe, arranca con las luchas de la clase trabajadora, generalmente calificadas como delictivas, y culmina con el derecho laboral contemporáneo, individual y colectivo, generalizado luego de la segunda guerra mundial. Pese a ello su exposición y enseñanza actuales relegan aquella historia a aspectos anecdóticos de lo que ahora se presenta como un derecho enteramente estatal en el que la dimensión social apenas es enseñada y pocas veces debatida en los tribunales.

Sin embargo es precisamente esta organización colectiva la que sustenta su posibilidad de real efectividad. En la práctica el cumplimiento de los derechos individuales en el ámbito del trabajo está garantizado mayormente por la organización sindical, las comisiones internas y los delegados o delegadas. La protección estatal administrativa es inefectiva en ausencia de estos mecanismos sociales y los tribunales atienden casi con exclusividad los conflictos que tienen lugar luego de cesado el vínculo laboral. La experiencia Argentina, que es la que mejor conozco aunque de ningún modo es la única ni pretendo erigirla como modelo, en las décadas que lleva vigente el derecho del trabajo muestra que los derechos individuales de protección en el ámbito laboral se expanden o se contraen según la amplitud o decrecimiento del poder social de la organización sindical, su presencia en las empresas y en los ámbitos de decisión política. Similares vaivenes hacen afirmar al constitucionalista Pisarello que “Los derechos sociales, en definitiva, no serían sólo derechos de igualdad sino también derechos de libertad, es decir, derechos ligados a la preservación de la autonomía individual y colectiva de sus destinatarios” (Pisarello, 2001, pág. 158).

V. El pluralismo jurídico y los derechos de los pueblos indígenas

Hasta aquí he reseñado sucintamente la emergencia histórica de los derechos que luego serían los pilares de la protección

internacional de los derechos humanos, tratando de resaltar su formación política y social, no dentro del estado y sus cuerpos doctrinarios, sino en las luchas sociales colectivas de sus protagonistas, prácticas que -aun cuando, sobre todo en el primer caso, hayan mudado o ampliado su arraigo social- constituyen una indispensable reaseguro de su efectividad. Pongo este acento en la autonomía colectiva que subyace a la vigencia de los derechos humanos, porque se trata de una dimensión generalmente soslayada cuando se depositan las garantías de su cumplimiento casi exclusivamente en los órganos del estado. Un ocultamiento en el que -a veces incluso de modo inconsciente- colaboramos los propios abogados, ya que nuestras destrezas no se encuentran en el nivel de organización de sujetos sociales colectivos sino en interceder y participar en las decisiones del aparato estatal.

Similar ocultamiento se realiza cuando se adopta como paradigma de derechos a aquellos de ejercicio sólo individual o se formulan de modo individualista los que tienen un contenido colectivo ineludible.⁷ Lo que subyace a estos intentos es la sobrevaloración del ámbito estatal de garantía de derechos y la correlativa pérdida de reconocimiento de las fuerzas sociales organizadas, cuya importancia suele relegarse a la historia del nacimiento de los derechos.

Es que la circunstancia de que muchos derechos tengan una dimensión predominantemente individual (integridad personal, garantías judiciales, etc.) unida a cierta naturalización del monismo jurídico, nos han ocultado de que lo principal en las formulaciones de derechos humanos ha sido el empoderamiento de colectivos sociales frente al estado y que este empoderamiento ha ido de la mano de sus posibilidades

⁷ Entre los ejemplos más claros de estos últimos, que llegan a cierta esquizofrenia, se encuentran el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 30 de la Convención de los Derechos del Niño, que presentan la protección colectiva a la cultura de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas y de los pueblos indígenas como si se tratara de derechos individuales de sus miembros.

de organizar de modo autónomo las relaciones interpersonales mediante normas e instituciones de decisión propios, lo que los coloca como protagonistas en la arena social y política, munidos del reconocimiento jurídico como respaldo.

Este ocultamiento de la dimensión social y política de los derechos se comienza a desvanecer necesariamente con el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas ya normativamente establecidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas. Aquí la autonomía colectiva y el ejercicio efectivo de formas jurídicas completamente diferentes a las del derecho estatal de matriz colonial, resultan insoslayable fundamento teórico y práctico de los derechos individuales de sus miembros. *La piedra angular* de estos derechos, sostiene la O.I.T., está constituida por “el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta y participación de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen”.⁸ Se trata de una participación *paritaria* con el estado, que requiere la autonomía en la formulación y elección de sus instituciones representativas así como el ejercicio, en los territorios propios, de las normas y mecanismos tradicionales de resolución de conflictos, diferentes de los del derecho estatal.⁹

Ha sido la “emergencia indígena” (Véase Bengoa, 2000), especialmente en América Latina, la que ha sacado al pluralismo jurídico de los ámbitos de estudio sociológico o antropológico,

⁸ Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo, Observación general sobre el Convenio núm. 169 (2009).

⁹ Sin pretender restringirlo a unas pocas normas, pues se trata de principios que informan la totalidad de los derechos humanos de los pueblos indígenas, la libre determinación como autonomía y el pluralismo figuran expresamente en los artículos 5 a 12 del Convenio 169 y 1 a 5 de la Declaración. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tomado estas normas para señalar el alcance de la Convención Americana en relación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en los numerosos fallos dictados al respecto, tal como se reseña en el último de ellos “Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, del 6 de febrero de 2020.

en donde se constataba su existencia fáctica, y lo ha puesto en el debate forense, en algunas decisiones judiciales y -muy incipientemente- en la literatura consumida por los espacios de la práctica legal profesional.

Los derechos de los pueblos indígenas, comenzaron viéndose con perspectivas individualistas de protección laboral, de asimilación no violenta o de eliminación de la discriminación (Véase Salgado, 2013), y luego limitados patrimonialmente a la propiedad de la tierra. Pero como resultado de la amplia acción política y social de los pueblos y comunidades indígenas, desde las recuperaciones territoriales y el bloqueo de carreteras hasta la representación política y la presencia permanente en los foros internacionales, han alcanzado una formulación clara respecto a su autonomía o *libre determinación*, como se expresa en los dos principales tratados universales de derechos humanos¹⁰ y se resalta en la Declaración.

El *pluralismo jurídico* ha devenido así, con ese nombre, un derecho expresamente reconocido a los pueblos indígenas. Sus propios mecanismos de resolución de conflictos, basados primordialmente en la responsabilidad colectiva familiar y en la búsqueda de reparación, perdón, y continuidad de la vida en común, se sustraen a la jurisdicción estatal¹¹ y especialmente a la justicia penal que ha sido uno de los instrumentos más violentos de sometimiento al poder estatal.

En el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas como *derechos humanos*, se aprecia con una transparencia inexistente en otros casos, que la auténtica garantía para el disfrute de beneficios *sustanciales*, como el territorio y los

¹⁰ Se trata del artículo 1 común al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos aprobados por la Asamblea General de la ONU en 1966, cuyo texto expresa que "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación".

¹¹ Decir que "se sustraen a la jurisdicción estatal" debe entenderse en el limitado sentido de que no se decide en los ámbitos de la burocracia judicial, aunque se trata de un derecho oficial, es decir "estatal" en una acepción más amplia.

bienes comunes naturales, la salud y la educación, entre otros, consiste en que los modos de acceder a ellos están dados por las propias herramientas conceptuales y técnicas tradicionales que los protagonistas han producido dentro de sus espacios culturales. Lo anteriormente reprimido, la vida colectiva autónoma, las formas de relación y autoridad creadas internamente, se hallan ahora resguardadas por el paraguas jurídico de la *libre determinación* interna al estado.

Esta dimensión de los derechos humanos que desborda las expresiones individualistas, rompe con la estructura teórica del estado colonizador, asentado en la violencia cotidiana (Al extremo que el pluralismo jurídico fue uno de los aspectos centrales de los acuerdos de paz que en Guatemala pusieron fin a más de treinta años de guerras civiles; Véase Padilla, 2005, págs. 209-223. Es que el rasgo central del derecho edificado desde el origen de la colonia y perfeccionado con la importación de la idea *civilizatoria* a fines del siglo XIX, fue el de la colonialidad interna, blanca, europea, republicana, con sus ficciones de *nación*, igualdad y derechos individuales, sólo al servicio de los estratos dominantes de la economía, la política, la educación y la cultura. Lo sumergido no tenía lugar en ese mundo de “progreso” y sólo podía ser reconocido a veces, a regañadientes, con el status de “especies en vías de extinción”.¹²

El reconocimiento de la plurinacionalidad del estado, presente en las constituciones de Bolivia y Ecuador sancionadas en este siglo luego de los levantamientos indígenas que pusieron en jaque a la vieja institucionalidad republicana, se traslada al pluralismo jurídico en el ámbito de las relaciones cotidianas comunitarias. Se trata del anverso y el reverso de la autonomía indígena.¹³ Es que, mientras el estado sea un espacio decisorio

¹² Véase mi ponencia (Salgado, 2019) “Los nuevos estados plurinacionales latinoamericanos”, Seminario *Derecho y Política en la Deconstrucción de la Diversidad*, Universidad Nacional del Comahue, General Roca, marzo de 2019.

¹³ En gran parte estoy limitando mi descripción al nivel normativo. La realidad, incluso con gobiernos favorables, ha distado de estabilizar la igualdad de las prácticas jurídicas

relevante en los conflictos y articulaciones de las fuerzas sociales, continuará siendo verdad que “una situación de poder se convierte en un status político únicamente gracias al derecho” (Heller, 1934, pág. 212).

El reconocimiento de la plurinacionalidad sigue siendo una deuda política de la mayoría de los restantes estados latinoamericanos.¹⁴ El pluralismo jurídico, establecido expresamente en el Convenio 169 de la O.I.T., es en los hechos, apenas un embrión de autonomía en casi todos los casos, dependiendo en general del nivel de organización política de cada pueblo y de la flexibilidad de las élites políticas criollas, muchas de las cuales aún mantienen la secreta convicción de que las leyes sólo existen para hacer obedecer a los subordinados.

Los avances y retrocesos, así como las formas de creación de instituciones jurídicas propias y los modos originales de articulación con las culturas oficiales, como la *hibridación* e *interlegalidad*, que menciona Santos (2012, pág. 37) constituyen vías abiertas hacia la construcción de nuevas sociedades, cuyos mayores avances se han logrado allí en donde existe una gran presencia indígena.

VI. Conclusiones

Aquí quiero detenerme en cuanto a la exposición, que de todos modos ha sido muy breve, de la emergencia del pluralismo jurídico en nuestro continente ligada a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Mi interés no es agregar algo novedoso a los estudios amplios y detallados que se han escrito en las últimas décadas y

indígenas. La ley boliviana de “deslinde jurisdiccional”, sancionada sin la efectividad de los mecanismos de participación institucional indígena que la propia constitución requería, contribuyó a que la justicia “indígena originaria campesina”, aún cuando se encuentra más desarrollada que en cualquiera de los otros países latinoamericanos, no tuviera la envergadura que se preveía de los debates constitucionales.

¹⁴ El Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) lo ha señalado en todos sus últimos informes.

que continúan realizándose, a partir de lo que se advierte como una irrefrenable tendencia histórica -bien que con obstáculos a veces formidables- al reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas en el continente.¹⁵

Lo que he querido destacar, a partir de la importancia que la autonomía y el pluralismo jurídico adquieren en la comprensión de los derechos humanos de los pueblos indígenas, ha sido la posibilidad de expandir la concepción político-institucional de los derechos humanos más tradicionales, y colocar la centralidad de sus garantías no tanto en el juego de las instituciones estatales como en la organización social autónoma de sus destinatarios y protagonistas. Pretendo que una visión retrospectiva, desde la luz que brindan los derechos indígenas, permita apreciar que la realización de los derechos humanos requiere para su efectividad de espacios de autonomía colectiva y también que toda autonomía de ese tipo conlleva elementos de pluralismo jurídico, o de producción extra estatal del derecho, que fortalecen los vínculos internos en la constitución de la identidad de los sujetos colectivos.

De este modo no sólo pretendo, sobre todo dirigiéndome a los defensores de derechos humanos dentro de la profesión jurídica, que debe prestarse gran atención a la conformación de los colectivos sociales organizados, al menos con el mismo énfasis con que se busca la efectivización de mecanismos de garantía dentro de las instituciones estatales, sino además que no se mire la lucha de los pueblos indígenas y la particularidad de sus derechos como una cierta “excepcionalidad”, sino más bien como un modelo de ejercicio de construcción de poder social autónomo capaz de brindar herramientas jurídico-políticas útiles en otros ámbitos no indígenas.

¹⁵ Entre ellos cabe resaltar el libro citado de Santos y también, Rivera Cusicanqui, Silvia (2008); *Pueblos originarios y Estado*, S.N.A.P., La Paz, 2008, y Santos, B.S. & Grijalva Jiménez, A. (Eds.) (2012); *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Abya Yala, Fundación Rosa Luxemburgo, Quito, 2012.

Bibliografía

- Bengoa, José (2007 [2000]). *La emergencia indígena en América Latina*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.
- Berman, Harold J. (1996 [1983]). *La formación de la tradición jurídica de occidente*. Pp. 62. México: Fondo de Cultura Económica.
- Griffiths, John (1986). “What is Legal Pluralism?”, en *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 18, pp. 6. Londres: Taylor & Francis.
- Haring, Clarence (1990 [1947]). *El imperio español en América*. Pp. 15. México: Alianza Editorial Mexicana.
- Heller, Hermann (1992 [1934]). *Teoría del Estado*. Pp. 212. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Hobbes, Thomas (1983 [1651]); *Leviatan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Madrid: Sarpe.
- Kelsen, Hans (1995 [1944]). *Teoría general del derecho y el Estado*. Pp. 129 y sigs. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Locke, John (1996 [1690]). *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Pp. 213. Madrid: Planeta-De Agostini.
- Mariátegui, José C. (1955 [1928]). *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Pp. 23. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- Padilla, Guillermo (2005). “Pluralismo jurídico y paz en Guatemala”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 41, pp. 209-223, San José de Costa Rica.
- Pisarello, Gerardo (2009 [2001]); “Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada ‘desde abajo’”, en *Courtis, Christian (comp.) (2001). Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, pp. 158. Buenos Aires: Eudeba.
- Rivera Cusicanqui, Silvia (2008). *Pueblos originarios y Estado*. La Paz: S.N.A.P.
- Salgado, Juan Manuel (2013). “Los pueblos indígenas en el derecho internacional”, *Revista Voces en el Fénix*, N° 25, Buenos Aires.
- Salgado, Juan Manuel (2019). “Los nuevos estados plurinacionales latinoamericanos”, Ponencia, Seminario Derecho y Política en la Deconstrucción de la Diversidad. General Roca: Universidad Nacional del Comahue.

- Santos, Boaventura de Sousa (2012). “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad de interculturalidad”, en Santos, B.S. & Exeni Rodríguez, J.L. (Eds.) (2012), Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia, pp. 37, La Paz: Abya Yala-Fundación Rosa Luxemburgo.
- Santos, Boaventura de Sousa & Grijalva Jiménez, A. (Eds.) (2012). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. Quito: Abya Yala, Fundación Rosa Luxemburgo.
- Sarmiento, Domingo F. (1929 [1853]). Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina. Pp. 30. Buenos Aires: Talleres Gráficos Rosso.
- Walkmer, Antonio C. (2018 [2006]). Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho. Pp. 242 y sigs. Madrid: Dykinson.

Pueblos sin estado y sus luchas históricas en el contexto de la periferia europea y el Mediterráneo

Stateless peoples and their historical struggles in the context of the European periphery and the Mediterranean

Aritz García Gómez¹

Universitat Pompeu Fabra, Barcelona - España

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 807-828

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e444>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

I. Presentación

El desarrollo de los estados-nación, tanto su conceptualización como su desarrollo, están inmerso en el desarrollo capitalista. Se inició en los países del núcleo duro del poder en la Europa del siglo XVII al XVIII. Inglaterra tuvo su revolución durante la segunda mitad del siglo XVII; poco antes los Países Bajos se habían independizado de la Corona de los Austria, y en especial de la rama Hispánica; y Francia desarrollaría su concepto de nación con la revolución francesa, que consagró a la

¹ Licenciando en Ciencias Políticas y de la Administración (Universitat Pompeu Fabra). Especialización en Euromed. Sustainability between People & Politics (Università Ca' Foscari Venezia). Magister en Relaciones Internacionales Seguridad y Desarrollo (Universitat Autònoma de Barcelona). Miembro del Programa intersectorial sobre Memoria, Pueblos y Estados -Copolis-Adalquí. Ha publicado, entre otros, "Las posiciones de los diferentes grupos políticos israelíes sobre la situación de la resolución de la situación de los Refugiados" (ICIP, V.4, 2012).

nación francesa oponiéndose a las otras culturas y pueblos que se encontraban en el territorio de los Borbones franceses como bretones, alemanes en las siempre disputadas Alsacia y Lorena, occitanos, catalanes, vascos o corsos, haciendo que fuera la presunta República libertadora la que construyó su estado-nación alrededor de la cultura francesa, la de la élite en el momento de la revolución.

Pero hemos de entender que las revoluciones solo son el momento en que se escenifica y chocan los poderes y las formas organizativas anteriores de manera más brutal, y que tardarán también en poder plasmarse y establecerse estos nuevos poderes y organizaciones sociales hasta todo el territorio dónde se desarrollan. Así, no debemos observar como de repente se creó el estado-nación, si no todo el proceso, cómo nos mostró Braudel con su largo tiempo (Braudel, 1984), o Wallerstein cuando nos explica el desarrollo del capitalismo desde los procesos de desorden y reordenación con el fin de la Edad Media, y la creación de los estados e imperios modernos desde finales del siglo XV hasta el siglo XX, dónde las formas capitalistas llegarán al último rincón habitado de la Tierra (Wallerstein, 2016). Igualmente, el desarrollo del estado-nación correrá paralelo a ese desarrollo capitalista que explica Wallerstein, y justamente nacerá en los mismos territorios que iniciarán el pleno desarrollo capitalista: Países Bajos, Inglaterra, Francia y más tarde Alemania e Italia.

Así, los inicios del estado-nación estarían en el proceso de centralización del poder a finales de la edad media, la unificación de las identidades culturales con la constitución de unas lenguas de poder con sus gramáticas, un desarrollo legislativo que llevaba hacia la unificación y concentración del poder legislativo y la economía, o el religioso que podríamos decir se inició en la Península Ibérica con la expulsión de sefardíes y moriscos, pero tendrá también mucha fuerza durante el siglo XVI y XVII en los países centrales europeos: guerra de independencia de los Países Bajos, los Tudor y la revolución inglesa, o la guerra de los Treinta Años, que justamente acaba con el “Cuius regio,

eius religio” en la Paz de Westfalia de 1648, que establece el concepto de soberanía estatal.

Pero como vemos, esta modelo de organización estatal se establecerá de manera importante en los países de poder central europeo: primero Países Bajos, seguido de Inglaterra y Francia, continuando con Alemania e Italia. El caso español es especial, ya que probablemente fuera uno de los que inició algunos de los procesos como la unificación alrededor del catolicismo de 1492 a 1614 con la expulsión de sefardíes y morisco, o los constantes intentos de centralización del poder desde la revuelta de los comuneros castellanos en el siglo XVI hasta la Guerra de Sucesión que acabaría con el autogobierno de los reinos de la Corona de Aragón. Pero su decadencia como imperio, y puede ser que su inicio imperial, hará que no se pueda centralizar y intentar desarrollar su propio estado-nación hasta un siglo XIX lleno de guerras civiles, que acabaría con la dictadura de Franco en 1936, y permitirá que las diferentes luchas o resistencias al estado-nación unificado alrededor del español-castellano continúen hasta hoy vivas. Por eso y también siguiendo el análisis centro-periferia, colocamos a España y Portugal, junto a Grecia o Irlanda en la periferia del centro.

En este artículo vamos a mostrar diferentes casos de naciones o pueblos sin estado y sus estrategias para desarrollarse a pesar de las presiones y la represión de los estados bajo los cuales viven y resisten. Y queremos visualizar hasta que punto estas estrategias y procesos van aparejados a la constitución de sus propios estados-nación o plantean otras alternativas.

Siguiendo las reflexiones iniciadas en el artículo *Para un debate sobre los derechos colectivos de los pueblos en acción* de Di Nella (2019) y otros, estos pueblos o naciones estarían regidos por gobiernos que aunque en algunos casos pudiesen tener formas de cierto autogobierno o participar del gobierno central o del estado subordinante, las poblaciones no sienten estos gobiernos como propios, y por lo tanto encontramos rechazo hacia los mismos. También encontraríamos una autopercepción de pertenencia a un sujeto político y/o cultural diferente del

estado opresor. Y además desarrollan movimientos soberanistas de base popular con distintos objetivos políticos que abarcan desde la reivindicación de espacios de participación política colectiva de libre determinación -como referéndums o consultas vinculantes-, la consecución de ciertos derechos colectivos por el uso de la lengua y la actividad cultural y política propia, pasando por la delegación de poderes y la autonomía para la conformación de estados plurinacionales, hasta la emancipación política de los estados subordinantes y la subordinación política de los pueblos autodeterministas (Di Nella et al., 2019).

Los casos de estudio que vamos a utilizar, por un lado serían los de Irlanda- en especial el movimiento en Irlanda del Norte-, Euskal Herria o País Vasco y Países Catalanes en la periferia de Europa Occidental. Por otro lado también el Kurdistán y Palestina en el entorno mediterráneo.

II. Irlanda

Irlanda es la Isla Occidental de las Islas Británicas, poblada por pueblos celtas que no llegaron a romanizarse. A partir del siglo XIII se iniciarán las conquistas desde Inglaterra, ocupando primero las mejores tierras de cultivo, para ya en 1690, ser completamente conquistada la isla en la época de Cromwell y los gobiernos ingleses posteriores. Además se dio en un contexto donde la lucha por la tierra se une al conflicto religioso entre protestantes británicos y católicos irlandeses.

Además durante estos conflictos, en la zona del norte de Irlanda se establecieron ingleses y escoceses presbiterianos, que desarrollaron una agricultura de pequeños propietarios. Mientras en el resto de la isla, los grandes terratenientes ingleses de religión anglicana, mantenían en un estado feudal a los campesinos católicos irlandeses.

Con la Revolución Francesa, las ideas liberales y el concepto de nación llegan a Irlanda, además con un discurso en que todos son irlandeses más allá de su religión, así surge encabezado por los presbiterianos el movimiento de la Society of

the Irishmen. Este movimiento, y en el contexto de las Guerras Napoleónicas, llevará a un alzamiento irlandés en 1798, dirigido por el anglicano Theobald Wolfe Tone, pero hijo de una católica, y que consiguió fuerte ascendencia entre los católicos. La rebelión fracasó y en la represión posterior los británicos utilizaron el “Divide et impera”, congraciándose con presbiterianos y las otras corrientes protestantes no anglicanas, que acabarán sintiéndose británicas, y reprimiendo duramente a la mayoría campesina católica.

Posteriormente vino la Gran Hambruna producto de la avaricia imperial británica entre 1845 y 1849, que entre las muertes y las migraciones redujeron la población de Irlanda a la mitad.

En 1867 se produce una nueva insurrección, esta vez encabezada por la Irish Republican Brotherhood, fundada en 1858, hija de los Young Irelanders que habían encabezado un pequeño intento de rebelión en 1848. Ahora el movimiento era mayormente católico. Esta rebelión también fracasó, pero permitió la posterior extensión del movimiento, que poco a poco y en secreto fue organizándose por todo el territorio de la isla. En 1910 se consigue establecer el Home Rule en Irlanda, que podría permitir un cierto autogobierno, pero fue rápidamente contestado por los sectores protestantes en el norte de la isla, que formaron los Ulster Volunteers. Esto inició un periodo de violencia entre protestantes y católicos, que se agravó en el inicio de la Primera Guerra Mundial. En 1916 se produce el Easter rising o Levantamiento de Pascua, que será muy duramente reprimido por el ejército británico, pero la guerra de guerrillas posterior, llevó a las negociaciones para convertir a Irlanda en Estado Libre Asociado. El acuerdo entre británicos y republicanos permitió el autogobierno en el sur de la isla, pero en el norte los sectores protestantes consiguieron que el Norte de Irlanda se mantuviese bajo directo gobierno británico. Después se produce una guerra civil entre sectores más populares que querían la independencia completa con los 6 condados del norte, y los conservadores, que acabaron ganando el conflicto, y pacificando la isla. Después de la Segunda Guerra Mundial, el

Estado Libre Asociado conseguiría la independencia completa, aunque sin los 6 condados del norte.

En los años 60, surge en el norte de Irlanda un movimiento por los derechos civiles, que los católicos del norte tenían restringidos. Este movimiento será duramente reprimido por los unionistas con el apoyo del gobierno británico y su policía, el RUC (Royal Ulster Constabulary). Los Voluntarios del Ulster quemaron cientos de casas de católicos con la protección del RUC. Esto llevó a la re-fundación del IRA (Irish Republican Army), en su nueva rama llamada Provisional, nacida en un principio para proteger las familias católicas atacadas por los Voluntarios del Ulster, y por lo tanto organizada por barrios. Esta organización fue pasando paulatinamente también a atacar los intereses británicos y a los voluntarios del Ulster, produciéndose un conflicto que dividiría Irlanda del Norte hasta los acuerdos de paz del Good Friday en 1998, que devolvería el conflicto a métodos pacíficos y a la lucha parlamentaria en el parlamento de Stormont.

III. Euskal Herria

Euskal Herria o el País Vasco es una región entre el estado español y francés, dónde se desarrolló durante la Edad Media el antiguo Reino de Navarra. Hemos de entender, que el desarrollo político-legal del reino, estuvo muy marcado por el sistema de fueros, propio de las formas de autogobierno de las comunidades pirenaicas. Esto llevaba que el territorio se dividiese en 6 provincias o Herrialdes: Bizkaia, Gipuzkoa, Araba, Nafarroa, Lapurdi y Zuberoa, cada uno con su propio autogobierno, pero todas bajo el rey de Navarra. En el siglo XIV, ante la fuerza política y económica de Castilla, Bizkaia, Gipuzkoa y Araba pasarán al Reino de Castilla. Posteriormente con la conquista castellano-aragonesa de la parte sur de Navarra, el reino quedará reducido a los territorios al norte de los Pirineos, que acabarán incorporándose al Reino de Francia cuando Enrique IV de Navarra se convierta en el primer Borbón y rey de Francia.

A pesar de la conquista, los territorios del sur mantendrán sus fueros y parlamentos, aunque cada vez con menor autonomía. Los territorios del norte perderán los fueros y el autogobierno con la centralización de la Revolución Francesa. En el sur, durante el siglo XIX, la progresiva implementación de los principios liberales llevará al recorte del autogobierno, y la pérdida de buena parte de las tierras comunales que muchas veces se gestionaban desde Municipios y Mancomunidades según el derecho foral. Esta situación llevó a las Guerras Carlistas: 1833-40, 1846-49 y 1872-76.

A finales del siglo XIX, hijo del carlismo y de la nueva burguesía vasca alrededor de la industria del hierro especialmente en Bizkaia, influido por las ideas nacionalistas tan en boga en aquellos años en Europa, surgirá el Partido Nacionalista Vasco (PNV) fundado por Sabino Arana que propugnará la independencia de España, y tendrá un carácter conservador en lo social.

A principios del siglo XX, y especialmente con la IIª República, el movimiento nacionalista se consolidará, convirtiéndose en la principal fuerza política en el sur, compitiendo y colaborando, según el momento con los antiguos carlistas.

Justo en el inicio de la Guerra Civil (1936-39), consiguen el Estatuto Vasco que volvía a unificar los territorios vascos en el sur y recuperar parte del autogobierno perdido. Pero la guerra partirá el país entre el PNV y las fuerzas de izquierdas-fuertes en Bizkaia y Gipuzkoa- contra los carlistas y la Falange Española- fuertes en Nafarroa y Araba. Así al final de la guerra, con la victoria del franquismo, Bizkaia y Gipuzkoa perderán completamente sus fueros y parlamentos. Por otro lado la obligada unificación con el falangismo rompió el carlismo, y una parte de él quedó en la clandestinidad, y posteriormente parte de él se reorientaría hacia la izquierda soberanista.

En los años 60, y con la influencia de los movimientos de liberación nacional del llamado 3er mundo, surgiría la organización ETA (Euskadi Ta Askatasuna), que desde posiciones marxistas iniciaría un movimiento político con su rama armada,

que consiguió gran apoyo popular, especialmente al final del franquismo. Con la Transición, el PNV pudo presentarse a las elecciones, así como Herri Batasuna, autodeterminista y de izquierdas, cercano a ETA. En la Constitución Española de 1978, se establece la posibilidad de crear un Estatuto Vasco, que unirá las provincias de Bizkaia, Gipuzkoa y Araba, y dejando la posibilidad de que Navarra se uniese al mismo. Por otro lado ante la presión política y policial de Francia, una vez España se una a la Comunidad Económica Europea, ETA irá debilitándose hasta que en 2011 decide dejar las armas y en el 2018 disolverse.

Hoy en día el PNV y Bildu (coalición donde se integró Herri Batasuna/Batasuna y es una organización que se siente referenciada en el Frente Amplio de Uruguay, ETA y Tupamaros siempre tuvieron buena relación), son las principales fuerzas políticas en Bizkaia, Gipuzkoa y Araba, con más de la mitad del electorado, y en Navarra casi alcanzan el 50%.

IV. Catalunya

Catalunya surgió en el norte de la costa mediterránea de la Península Ibérica hacia el año 800, como territorio entre el Imperio Carolingio y Al-Andalus. Los condados catalanes se unirán al Reino de Aragón, surgido de la separación de los territorios orientales del antiguo reino de Navarra, en 1137, pero manteniendo cada uno sus propios sistemas de gobierno, poniéndose bajo un mismo rey, y realizando cortes conjuntas cuando las decisiones fuesen de suficiente importancia que lo necesitasen. Estos dos reinos juntos pero no unificados, llevarán su lucha contra Al-Andalus, expandiéndose hacia el sur, conquistando los territorios de las Islas Baleares y Valencia. En ellos se constituirían sendos reinos con su propio sistema de autogobierno, a la manera como lo eran el Reino de Aragón y Catalunya, al ceder los territorios conquistados a las noblezas aragonesa y catalana que habían participado en su conquista, siguiendo el sistema de Fueros, originario de los territorios pirenaicos (Fontana, 2014). También las lenguas catalana y aragonesa se expandirían con

la repoblación de los territorios con gentes procedentes de los territorios del norte.

A partir del siglo XV, primero con la introducción por motivos de herencia de una familia de origen castellano, los Trastámara y el posterior matrimonio entre Fernando de Aragón y Isabel de Castilla, los reinos de la corona de Aragón y el Reino de Castilla quedarían bajo el mismo rey, pero manteniendo sus propias formas de autogobierno. Posteriormente con el cambio del centro de poder del Mediterráneo al Atlántico producto de la conquista y colonización del continente americano, los reinos de la Corona de Aragón quedarían debilitados económicamente, y sus autogobiernos irían debilitándose por la centralización de los Austria (Fontana, 2014). Austrias que por otro lado ya habían llevado el absolutismo y suprimido el autogobierno en Castilla después de la revuelta de los Comuneros en 1521. Así en Catalunya es importante la revuelta de los Segadores (1640-1652) ante estos ataques unificadores, que llevarían a la pérdida en manos francesas de los territorios del Rosellón y la Cerdeña.

Cuando en 1700 muera Carlos II, el último de los Austrias hispánicos sin descendencia, se producirá la Guerra de Sucesión, un conflicto entre los diferentes reinos que gobernaba, pero también con alcance internacional. Los reinos de la Corona Aragonesa serán vencidos, y los Borbones de origen francés acabarán con su autogobierno, con el Decreto de Nueva Planta (1707-1714). Posteriormente, y como también ocurra en Euskal Herria, los procesos de unificación política y económica del liberalismo en el siglo XIX hará que las Guerras Carlistas tengan gran importancia en estos territorios.

Por otro lado, Barcelona y sus alrededores desarrollarán desde el segundo tercio del siglo XIX una fuerte industrialización alrededor del textil, surgiendo una burguesía propia, que llevará a un resurgir de la cultura catalana en el movimiento llamado *Reneixença*.

Ante el mantenimiento del centralismo y conservadurismo basado en el caciquismo durante el período político de la

Restauración (1874-1931), va surgiendo el movimiento catalanista que se había iniciado como cultural. Por una parte, apoyado por el Republicanismo un sector va tomando un carácter político popular. Así en 1880 se hace el Primer Congreso Catalanista alrededor del republicano Valentí Almirall. Por otra parte, en 1892 aparece la Unió Catalanista de los sectores nacionalistas conservadores hijos en buena parte del carlismo y de la burguesía, a semejanza del PNV, que en 1902 se agruparán con apoyo de parte de la burguesía en la Lliga Regionalista alrededor d'Enric Prat de la Riba y Francesc Cambó.

Ante los continuados ataques al movimiento catalanista con especial atención al asalto policial-militar a la revista el Cu-Cut!- el catalanismo se une en Solidaritat Catalana, desde los carlistas a los republicanos pasando por la conservadora Lliga Regionalista, y recibiendo el 67% de los votos en 1907, consiguiendo 41 de los 47 diputados. Pero el hecho de que el incipiente movimiento obrero casi no participase, y las diferencias entre republicanos, de izquierdas, y conservadores, llevó a su rompimiento en 1909. Pero dejó la situación encauzada para que posteriormente se llevase a cabo entre 1914 y 1923 la Mancomunitat de Catalunya, que unía las provincias de Barcelona, Girona, Lleida y Tarragona, encabezada por Enric Prat de la Riba de la Lliga Regionalista, el sector conservador.

Por otro lado, el movimiento obrero, que en Catalunya tuvo un fuerte carácter anarcosindicalista cada vez era más fuerte, y en el Congreso de Sants de 1910 se creó la Confederación Nacional del Trabajo, que aunque unía sindicatos de toda España, había una fuerte preeminencia de los sindicatos catalanes.

En 1921, y ante la crisis económica post Iª Guerra Mundial y los fracasos militares en Marruecos, la oposición al régimen de la Restauración entró en crisis, y Miguel Primo de Rivera dio un golpe de estado, estableciendo un gobierno militar que acabó con la Mancomunitat en 1923, y prohibió la CNT.

A pasar de la represión, el movimiento anarcosindicalista continuará creciendo, y también lo hará el sector republicano y

de izquierdas del catalanismo con Francesc Layret y Lluís Companys, abogados de los sindicalistas de la CNT.

Así, cuando el régimen monárquico caiga después de las elecciones municipales de 1931, en Catalunya el nuevo partido de Francesc Macià y Lluís Companys, Esquerra Republicana de Catalunya, será hegemónico en la política institucional, y el anarcosindicalismo lo será en la fábricas y calles. Francesc Macià decretará en 1931 la República Catalana, aunque bajo el marco de la República Española, y se recuperará la Generalitat modernizándola, el órgano de autogobierno que había sido abolido con el Decreto de Nueva Planta en 1714. Este período durará hasta la Guerra Civil (1936-39), en que Franco acabará con la Generalitat, que se exiliará, y se perseguirá a toda la izquierda y al catalanismo.

Al final del franquismo Catalunya vuelve a hervir, con el movimiento obrero y popular encabezado por el Partido Socialista Unificado de Catalunya, partido marxista de obediencia a Moscú, y con el movimiento catalanista, popular y heterogéneo. A destacar que en este movimiento de izquierdas y soberanista participan de forma muy importante gran cantidad de migrantes llegados del resto del estado español, haciendo real un lema surgido en Euskal Herria, que diría, “catalán es quien vive y trabaja en Catalunya”, alejando las posibilidades de un nacionalismo étnico. A la muerte de Franco, los nuevos gobiernos de la transición se verán obligados a aceptar el retorno de la Generalitat en el exilio, aunque el catalanismo quedará encabezado por sectores conservadores alrededor de Convergència i Unió, con Jordi Pujol como líder. Y el PSUC quedará debilitado con la emergencia del Partido Socialista de Catalunya, de carácter socialdemócrata que con los años tenderá al social-liberalismo como ocurriría en Europa con la socialdemocracia.

Con la crisis económica del 2007, que llevará a la crisis del sistema político español, y en Catalunya a la emergencia de un movimiento popular pidiendo un referéndum de autodeterminación, desde el componente ciudadano y no desde referentes

étnicos. Cuando en el 2010 el Tribunal Constitucional español tire abajo el nuevo Estatut de Catalunya, este movimiento crecerá exponencialmente, llevando al choque del 1 de Octubre de 2017, cuando más de 2.000.000 de catalanes autoorganicen un referéndum a pesar de la represión de miles de policías y guardias civiles. Desde entonces, el gobierno que permitió y alentó el referéndum está encarcelado o en el exilio, y la situación se encuentra en un impase.

V. Los movimientos fuera de Europa

Para comparar los diferentes movimientos, quiero hacer una aclaración importante entre los europeos y los extraeuropeos. Los 3 movimientos europeos que he expuesto, aunque se desarrollen en el extrarradio europeo, no dejan de tener un desarrollo de nación europeo, con una influencia del concepto de estado-nación muy fuerte, al estar cercanos al centro donde se desarrolla el concepto de estado-nación, desde el siglo XVII. En cambio, los movimiento kurdo o palestino se dan en el contexto del antiguo Imperio Otomano, donde el concepto de *millet* en turco o *millah* en árabe existe desde la edad media, que no está sujeto a un territorio, sino más bien a una identidad religiosa y/o cultural. Así, aunque hubiese un *millet* armenio, en ciertos territorios donde los armenios eran mayoría, la forma de gobierno desarrollado según el sistema jurídico islámico, también existían *millets* armenios en Jerusalén por ejemplo, donde solo eran 1/5 de la población, así la comunidad armenia de la ciudad disponía de su sistema de autonomía jurídica, religiosa y cultural, y en la misma ciudad convivía con otros *millets*, como el griego ortodoxo, el judío o el árabe sunní (Veiga, 2006). Por eso, al estudiar el desarrollo de los movimientos kurdo o palestino, aunque no dejen de basarse en un concepto relativamente universal como es el de autodeterminación o autogobierno, deberemos hacer ciertas observaciones sobre como se desarrolla. Justamente el desarrollo de estos movimientos será posterior a la caída del Imperio Otomano, y por lo tanto se darán en

respuesta a la colonización europea y la implantación de ciertos movimientos nacionalistas que traten de llevar el concepto de nación-estado europeo sobre territorios e identidades no europeos, como el nacionalismo turco o el sionismo.

VI. Kurdistán

Los pueblos kurdos, probablemente emparentados con los iraníes, de lengua indoeuropea, establecidos en las montañas al norte de Mesopotamia y este de Anatolia en lo que hoy es Irán occidental, Turquía oriental, norte de Irak y Siria desde hace miles de años.

Estuvieron bajo o en alianza de las diferentes civilizaciones e imperios de la zona, y como las poblaciones de esos territorios tienen una heterogeneidad importante, aunque hoy en día son mayoritariamente musulmanes sunnitas, encontramos comunidades yezidies, chiitas o cristianas.

Desde su mayoritaria islamización en el siglo VII, participaron de los diferentes imperios islámicos de estos territorios, así Salah-al-Din o Saladino, conquistador del Jerusalén de los cruzados era de familia kurda.

Como he explicado al principio de esta parte, bajo los gobiernos islámicos disfrutaron de autonomía jurídica y religiosa, aunque esto no quiere decir que al estar inmersos en las luchas de poder, algunas comunidades pudieran sufrir represalias.

Pero justamente las dificultades importantes hacia los kurdos se iniciarán cuando a finales del siglo XIX, en los intentos de modernización del Imperio Otomano, y especialmente durante la 1ª Guerra Mundial la idea de estado-nación se empezase a querer imponer por los poderes modernos en la zona. Así, en 1916, durante la primera gran limpieza étnica de la zona, contra los armenios, dirigida por los Jóvenes Turcos, algunas comunidades kurdas de las zonas de Erzurum y de Bitlis también sufrieron deportaciones (Fisk, 2005). En el Tratado de Sevres,

que liquidó territorialmente el Imperio Otomano, se preveía un referéndum para la región kurda, que posibilitaba la creación de un estado kurdo independiente. Este tratado no fue reconocido por la Gran Asamblea Nacional encabezada por el que luego se convertiría en líder de la República Turca, Mustafá Kemal Atatürk, y la Guerra continuó hasta 1923 que establecería los actuales límites territoriales de la República de Turquía (Veiga, 2006).

En la zona kurda de Irak, se establecería un efímero Reino Kurdo entre 1922-23, que al oponerse al gobierno británico de Irak, fue derrotado y desmantelado.

Con la apertura política de los 50 en Turquía, los grupos políticos y culturales kurdos pudieron participar políticamente, y iniciar un cierto movimiento por su autonomía tanto política como cultural, pero el golpe militar de 1960 acabó con toda esperanza, y la lengua y la cultura kurda volvieron a ser prohibidas. A partir de esta nueva represión, el movimiento en la zona turca empezó a recibir influencias marxistas. En 1978, con el liderazgo de Abdullah Öcalan, surge el Partido de los Trabajadores del Kurdistán, PKK. Recibirá la influencia del Frente Popular para la Liberación de Palestina, y empezó a formar sus guerrillas en los campos de entrenamiento palestinos en el Líbano. Con el apoyo del régimen de los Assad, en Siria, inició sus operaciones militares contra Turquía, que respondería muy duramente, con una fuerte represión hacia los kurdos, y obligando a miles de kurdos a trasladarse desde las zonas limítrofes con Siria y Irak hacia nuevos establecimientos más al interior de Turquía, tratando de ejercer un férreo control sobre estas comunidades, para evitar que pudiesen apoyar a la guerrilla.

Por otro lado, y después de la Guerra del Golfo 1990-91, los kurdos de Irak se levantan contra Sadam Hussein y son duramente reprimidos, como ya lo habían sido en los 80, y Estados Unidos establece las zonas de exclusión aérea, permitiendo que algunos grupos puedan resistir en las zonas más montañosas. Posteriormente y después de la invasión de Irak en 2003, crearán su propio pseudo-estado en la zona norte de Irak, hasta día de hoy, pero dirigido por unas fuerzas muy conservadoras en lo

social, y que además han realizado movimientos de poblaciones no kurdas de sus zonas de control. Las relaciones entre los grupos políticos kurdos de Irak y Turquía no serán nunca fluidas.

En 1999, el régimen sirio deja de apoyar al PKK, Öcállan se ve obligado a huir del país y buscar refugio en algún otro lugar, que no consigue y es detenido por el Mossad que lo entregará a Turquía. Primero será condenado a muerte, pero se inician negociaciones con Turquía que llevarán a un alto el fuego del PKK, y al inicio de una cierta participación de las fuerzas políticas kurdas en el sistema turco (Veiga, 2006). Se debe destacar que en los 80 y 90, con el apoyo del exilio kurdo en Europa, los kurdos de Turquía consiguen un alto grado de autoorganización, desarrollando escuelas, asociaciones e incluso canales de Tv por satélite propias.

Con las primaveras árabes iniciadas en 2011, cuando la revolución se inicia en Siria, los kurdos en Siria se dividen entre los que quieren unirse a la revolución y los que siguiendo las directrices del PKK prefieren mantenerse al margen. A medida que la revolución sea reprimida violentamente desde el régimen y se inicie el conflicto armado, las fuerzas cercanas al PKK obtendrán el control militar de las zonas mayoritariamente kurdas y reprimirán a las otras fuerzas, manteniendo una cierta entente con el régimen. En este contexto se dará la batalla de Kobane contra el Estado Islámico (ISIS), donde las fuerzas kurdas con el apoyo estadounidense derrotarán al ISIS, y establecerán zonas donde gobiernen. En el 2016, después del intento de golpe de estado en Turquía contra Erdogan, este endurece sus posturas en las negociaciones que había establecido con el PKK, y este decidirá volver a la lucha armada. Erdogan usará algunas de las milicias sirias, que recibían apoyo turco y que habían surgido en la oposición al régimen sirio, para atacar las zonas de Siria controladas por las fuerzas kurdas de Siria, cercanas al PKK.

Es interesante destacar, que desde la cárcel turca, Öcállan desarrolla el concepto del Confederalismo Democrático que trata de superar el capitalismo y el concepto de nación-estado, siguiendo teóricos como el anarquista Murray Bookchin,

Immanuel Wallerstein o Fernand Braudel y Nietzsche, en su obra de 2005, *Manifiesto por una civilización democrática* (Öcallan, 2017). Pero la tradición marxista-leninista con tintes estalinistas que la organización había tenido anteriormente, y el hecho de que él continúe en la cárcel con una condena a cadena perpetua, nos hace dudar de su aplicación en los territorios que controlan sus fuerzas, especialmente en Siria. Aunque el importante papel de las mujeres en la organización en estas zonas es un hecho destacado y comprobado.

VII. Palestina

Palestina es una región de Oriente Medio o el Mashrek, como lo denominan los autóctonos, entre el Mar Mediterráneo y el río Jordán. Es un territorio donde históricamente los pueblos y civilizaciones han pasado y se han asentado desde el inicio de la humanidad, dada su posición estratégica entre África y Asia, y cercana a Europa.

Los conflictos en Palestina, aunque siempre podemos retrotraernos cómo he dicho a algún momento en que chocarán algunos de los pueblos e imperios que pasaron o se asentaron en ella, en estos artículos mostraremos el conflicto que se da entre el movimiento sionista y las comunidades autóctonas o establecidas hasta el siglo XX.

El movimiento sionista, surgido en Europa, y producto del racismo antisemita que se dio especialmente en Europa central y oriental durante el final del siglo XIX y principios del XX, cuando el concepto de estado-nación se extendió por toda Europa. Ante estos hechos, la mayoría de judíos y judías que huían lo hicieron hacia Estados Unidos. Pero un grupo de ellos, a principios del siglo XX se propuso la construcción de un estado-nación judío, y para hacerlo, después de varios debates acabaron eligiendo Palestina, donde hacia más de 2000 años había habido varios reinos que se calificaban como judíos según su tradición. El problema es que las comunidades locales estaban bien asentadas y eran bastante dinámicas, así

parafraseando el telegrama que envió un sionista que la visitó: “la novia ya esta casada”. Pero los sionistas contaban con el apoyo del Imperio Británico, que en 1917, durante la Iª Guerra Mundial invaden el territorio y realizan la Declaración Balfour que asignaba Palestina como Hogar nacional judío. Así especialmente a partir de 1920 miles de judíos de origen europeo se establecen en Palestina, y expulsan de las tierras que hacia generaciones que llevaban habitando y trabajando a cientos de palestinos. Los británicos permiten a los sionistas establecer un pseudo-estado con su propio sistema educativo, sanitario, de transportes o su propia seguridad, cosa que es negada a las comunidades autóctonas. Estas eran principalmente árabes de religión musulmana sunita, cristianos e incluso algunas comunidades judías, que eran completamente ajenas al sionismo. El sionismo es un proyecto de colonialismo de asentamiento, y debe enmarcarse en la época de su nacimiento, cuando las potencias occidentales controlaban casi todo el espacio terráqueo. Las comunidades autóctonas trataron de resistir a esta colonización, con movimientos huelguísticos e incluso algunos intentos de resistencia armada como la intifada de 1936-39, pero poco podían hacer ante la superioridad tecnológica británica y sionista (Pappe, 2007).

Al acabar la 2ª Guerra Mundial con el imperio británico en grave crisis, y forzado por las acciones armadas de los grupos armados sionistas cede la decisión sobre Palestina a las recién creadas Naciones Unidas (N.N.UU.). En ellas, el sionismo consigue la mayoría del apoyo internacional. Hemos de tener en cuenta que en ese momento en N.N.UU. la mayoría de los países eran europeos o con élites de origen europeo. Estas decretan la partición de Palestina en 1947, dividiéndola en casi dos mitades iguales. Eso a pesar de que en ese momento los sionistas eran apenas $\frac{1}{3}$ de la población y controlaban menos del 6% del territorio. Ante este hecho de claro carácter colonial, las comunidades palestinas se resisten, pero rápidamente, y gracias a su superioridad tecnológica los sionistas lanzan unas ofensivas militares que conllevarán la expulsión forzada de la mayoría de

la población del territorio, más de 800.000 palestinos y palestinas, y se apropiarán de más del 70% del territorio.

A partir de aquí los sionistas continuarán avanzando en diferentes guerras, colonizando Palestina, hasta conquistarla completamente en 1967, y dejando a la mayoría de las comunidades palestinas que habían quedado, principalmente en las zonas de Cisjordania y Gaza, bajo ocupación colonial. Aunque algunas comunidades palestinas que habían conseguido aguantar bajo la ocupación sionista en los territorios que habían quedado en manos sionistas en 1948, consiguieron alcanzar la ciudadanía israelí. Y por otro lado varios millones de palestinos, descendientes de los que se habían visto obligados a huir en 1948 vivían como refugiados en los países árabes de alrededor (Masalha, 2002).

Desde los años 50, los palestinos se habían conseguido organizar en diferentes organizaciones de resistencia que luchaban contra esta ocupación colonial. Después de la derrota de los estados árabes y el panarabismo en la guerra de 1967, y en el contexto de las diferentes luchas populares en todo el mundo, emergen estas organizaciones, que pondrán en jaque varias veces a las fuerzas sionistas, y conseguirán erigirse en la representación político de los palestinos y las palestinas, formándose la Organización para la Liberación de Palestina liderada por Yaser Arafat.

Primero con acciones de guerrilla desde Jordania principalmente, hasta el Septiembre Negro en 1970, cuando el ejército jordano apoyado por saudíes y pakistaníes los obligue a trasladarse al Líbano. Y en el Líbano hasta 1982, que con la invasión israelí, les obligó a trasladarse a Túnez, afectando de manera muy importante su capacidad de acciones ofensivas contra Israel (Rogan, 2010).

Pero en 1987, a raíz del atropello de un vehículo con varios trabajadores palestinos por un camión militar israelí en Gaza, estalla un levantamiento, la intifada de 1987. Este consistió en huelgas, cortes de carreteras y con una gran capacidad

organizativa que permitió el autoabastecimiento alimentario, o la creación de un sistema educativo, sanitario y de protección social al impuesto por la ocupación israelí, que junto el contexto internacional, llevaría a las negociaciones de Oslo (Musalem, 1993).

En estas negociaciones, la dirigencia palestina se mostró muy débil, y aunque consiguió el reconocimiento por Israel del sujeto político palestino en la OLP, no acabó permitiendo el desarrollo de una verdadera soberanía palestina ni tan siquiera en los territorios de Cisjordania y Gaza. A la muerte de Arafat, esta debilidad llevó a la división intra palestina, que llevaría a que la OLP mantuviese el control en Cisjordania, mientras el nuevo movimiento de resistencia islámico, HAMAS, se apoderaría de Gaza, que quedó asediada desde 2007.

Por otro lado, la fuerte sociedad civil palestina, en julio de 2005, inició un llamado internacional al Boicot a productos y a las instituciones israelíes, y a la desinversión en las empresas que se aprovechen de la ocupación, así como el pedido de sanciones internacionales, siguiendo el modelo de lucha en Sudáfrica contra el régimen de apartheid afrikaner. Lo novedoso de este boicot es que en vez de basarse o promover la creación de un estado palestino, que había sido en buena medida el objetivo de la OLP, se basaba en pedir el respeto al Derecho Internacional, los derechos humanos y democráticos de los palestinos, denunciando la situación de apartheid en que viven (Silhi, 2018).

VIII. Conclusiones: entre la búsqueda del estado y la lucha por los derechos

Cómo ya apuntaban Di Nella et al en *Para un debate sobre los derechos colectivos de los pueblos en acción*, los pueblos en lucha desarrollan movimientos soberanistas de base popular con distintos objetivos políticos que abarcan desde la consecución de derechos básicos colectivos como el uso de su lengua y cultura, o derechos políticos de participación política por

delegación de poderes y autonomía para la conformación de estados plurinacionales, con el reconocimiento de su existencia como sujetos colectivos, hasta la emancipación política de los estados subordinantes o emancipación política plena que representaría la independencia y el reconocimiento internacional como estados soberanos.

Al observar las luchas históricas de los pueblos mostradas en el presente artículo vemos esto, y dependiendo de las capacidades organizativas y de poder que desarrollan estos movimientos soberanistas, y la capacidad de los estados subordinantes para reprimirlos, y por lo tanto que no pudiesen ejercer estos derechos que se autoinstituyen los pueblos soberanistas en base a esta relación de fuerzas.

Así tanto irlandeses como vascos, catalanes, kurdos o palestinos, el objetivo último de sus movimientos sería la independencia y la creación de estos estados soberanos, siguiendo el patrón del estado-nación. Pero al observar su histórico de luchas, algunas veces se han mostrado cómo simplemente defendiendo sus derechos básicos de uso de su lengua y cultura, y poder tener alguna posibilidad de participación política como sujeto colectivo.

Al mismo tiempo, hemos visto que justamente en el caso kurdo, el desarrollo de su propia ideología del Confederalismo Democrático desarrollado en los últimos años, supera el concepto de estado-nación. Aquí deberíamos tener en cuenta el contexto histórico del Mashrek o Oriente Medio, y la tradición organizativa en *millet* que mantenía la autonomía religiosa-cultural entre comunidades, incluso compartiendo una misma ciudad o provincia.

Por otro lado, también parte del movimiento palestino, ante la superioridad militar israelí, en la intifada del 87, con el desarrollo de su propio sistema agrícola-alimentario, educativo o sanitario, fueron un ejemplo de empezar a desarrollar soberanía desde abajo, concepto que las Candidatures d'Unitat Popular (CUP), en Catalunya, también empezaron a desarrollar

teóricamente (Busqueta, 2017), pensando en cómo construir soberanía alimentaria, energética, cultural, etc...y que además encajan en el concepto de Seguridad Humana desarrollado desde la teoría de las Relaciones Internacionales.

Este debate me resulta muy interesante, ya que muchas de las capacidades originarias de los estados han quedado en situación precaria, en un mundo cada vez más interconectado, dónde la producción de energía o materias primas, o la capacidad de financiación está cada vez más en manos de corporaciones y organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional o la Unión Europea, y muchos estados tienen sus capacidades debilitadas.

Por otro lado, el ejemplo del BDS palestino, también muestra el intento de construir derechos desde el movimiento nacional y con la complicidad internacional, lo que podríamos llamar otra forma de construir derechos desde los pueblos en lucha.

Por último quiero indicar que este artículo solo pretende ser el inicio del debate, donde apunto algunos de los temas que deberían ser más ampliamente estudiados y analizados, y que no solo deberíamos ampliar respecto al tema, sino también observar otros pueblos como el amazight en el norte de África, que se encuentra dividido territorialmente dentro de los estados e internacionalmente, y sin continuidad territorial a diferencia de los kurdos, los catalanes o los vascos, que se encuentran divididos bajo dos o varios estados, pero hay continuidad territorial.

Bibliografía

- Braudel, Fernand (1984). *Civilización material, economía y capitalismo, siglos XV-XVIII*. Madrid: Alianza Editorial.
- Busqueta, Josep Manel et al. (2017). *Sobiranes. Una proposta contra el capitalisme*. Barcelona: Espai Fàbrica.
- Di Nella, Dino et al. (2019). "Para un debate sobre los derechos de los pueblos en acción", *La Plata: Revista Derechos en Acción*, Año 4/Nº 13, pp. 711-728, UNLP.

- Fisk, Robert (2005). *La Gran Guerra por la Civilización*. Madrid: Editorial Crítica.
- Masalha, Nur (2002). *Israel. Teorías de la expansión territorial*. Barcelona: Editorial Bellaterra.
- Musalem Rahal, Doris (1993). *La intifada: solidaridad política y social en la lucha social palestina*. México: Política y cultura, núm. 3, pp. 283-300, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco.
- Öcállan, Abdullah (2017). *Manifiesto por una civilización democrática*. Barcelona, Editorial Descontrol.
- Pappe, Illan (2007). *Historia de la Palestina moderna. Un territorio, dos pueblos*. Madrid: Editorial Akal.
- Rogan, Eugene (2010). *Los árabes, del Imperio Otomano a la actualidad*. Barcelona: Editorial Crítica.
- Silhi Chain, Nadia (2018). *Ocupación y violaciones al derecho internacional en Palestina: La respuesta del BDS*. Madrid: Tesis de maestría, Universidad Carlos III de Madrid.
- Veiga, Francisco (2006). *El turco*. Barcelona: Editorial Debate.
- Wallerstein, Immanuel (2016). *El moderno sistema mundial I. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI*. Madrid: Editorial Siglo XXI.

Pueblo Mapuce: una historia de despojos y resistencias. Entrevista a Pety Piciñam

Interview with Pillankuse Petrona Piciñam

*Pety Piciñam*¹

Confederación Mapuce de Neuquén

*Victoria Ibáñez*²

Universidad Nacional de Río Negro - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 829-852

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e445>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

I. Presentación

Como parte de las voces que referencian a los pueblos, se presenta una entrevista de Victoria Ibáñez a la Kimeltufe Pety Piciñam, realizada en el marco del proyecto de investigación 2019-UNRN-40-C-803 “Pueblos, estados y libre determinación. Estudio sociojurídico de Puelmapu y el Principat de Catalunya” (Sede Atlántica de la Universidad Nacional de Río Negro) y el Programa Memorias, Pueblos y Estados (Centro de Investigación

¹ Pety Piciñam. Autoridad del Lof Puel Pvjv, perteneciente a la Zonal Xawvno de la Confederación Mapuce de Neuquén. Kimeltufe (educadora mapuce). Trabaja en la defensa y ejercicio de los derechos del Pueblo Mapuce en aspectos centrales, como son la Salud, la Educación y la Interculturalidad.

² Abogada. Psicóloga social. Docente Universidad Nacional del Comahue. Investigadora del Proyecto PI-UNRN-40-C-803, Sede Atlántica de la Universidad Nacional de Río Negro. Co-responsable del Programa Memorias, Pueblos y Estados, Centro de Investigación en Derecho Crítico, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.

en Derecho Crítico, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata). Piciñam nos relata sus vivencias en el espacio comunitario y los procesos de reafirmación identitaria desde la propia cosmovisión del Pueblo Mapuce. Nos propone una profunda reflexión sobre los procesos de descolonización en el marco de las prácticas genocidas del Estado Argentino y en particular desde sus experiencias territoriales en lo que hoy es la provincia de Neuquén. Para ello, recupera la histórica lucha del Pueblo Mapuce en el reconocimiento de sus derechos, problematizando los actuales desafíos para la efectiva proyección del *kvme felen*.

II. Entrevista

Victoria Ibáñez (VI): Para empezar Pety te pido una breve referencia personal: tu nombre, tu rol en la organización mapuce y de tu identidad comunitaria. Y también si nos podés comentar algunas cuestiones vinculadas a tu familia y a la constitución de la Lof³.

Pety Pichiñan (PP): Me dicen Pety Pichiñan. En realidad, ese es mi nombre mapuce⁴, en el documento tengo mi nombre impuesto y está como Petrona Pereyra. Yo soy nacida y criada hasta los doce años en la comunidad mapuce *Ciwkvjiwiñ*⁵, el sonido es *Chiukülliwíñ*, está ubicada en lo que hoy es el departamento Huiliches en el sur de la provincia de Neuquén, como a 70 km de la ciudad de Junín de los Andes. Ahí me crie, junto a mi familia.

³ En este texto, todas las traducciones realizadas del mapuzugun (lengua mapuce) al castellano no son literales, y por ende no reflejan necesariamente el significado completo de cada uno de los conceptos a los que se hacen referencia. Lof: en cierto sentido, comunidad. También, Lof che y Lof mapu, donde Lof che sería el conjunto de personas y Lof mapu sería el territorio.

⁴ Mapuce o mapuche: gente de la tierra.

⁵ *Ciwkvjiwiñ*: comunidad Mapuce más conocida como Chiuquilihuin.

Además, tiene toda una historia el cómo llegamos hasta ahí. Tiene que ver con la historia de genocidio que sufrió el pueblo mapuce; estoy todavía buscando toda la información más concreta, porque es tan reciente todo lo que paso con el pueblo mapuce -no hace ni 150 años- que es difícil encontrarla. Entiendo que fue mi bisabuelo el que fue elegido (entre comillas) para ser baqueano del ejército en los tiempos de la mal llamada “Campaña del desierto”.

Él era muy joven, lo toman como baqueano y cuando supuestamente termina la campaña -digo, porque hay un tiempo en el que se dice que terminó la campaña del desierto con la entrega del logko⁶ Sayhueque-, es ahí cuando se les reconocen algunos derechos sobre las tierras y les dan los papeles que decían que “en reconocimiento al servicio prestado se le entrega la cantidad de 5.000 hectáreas de tierra”.

Y ahí ya se usa su nombre impuesto, que dice Juan Revillano Pereyra, y se nombra toda la zona -en los papeles que después encontramos en las actas de nacimiento y todo eso- que sería cerca del volcán Lanin, yendo para el Malleo. Lo que pasa es que cuando supuestamente acaba la avanzada del ejército, lo que sucede es que se van corriendo a los mapuce.

En esos tiempos entonces, el bisabuelo Juan Revillano Pereyra (su nombre mapuce es Piciñam) se instala en lo que hoy sería la comunidad mapuce Ciwkvjiwiñ -obviamente ellos le colocan ese nombre-. En ese lugar, que es un vallecito al pie de la cordillera y del volcán Lanin. Ahí el bisabuelo se organiza con su familia núcleo, no sabemos si la fue a buscar o ya venían con él; porque su lugar de origen estaba en lo que hoy es ciudad de Azul, en la provincia de Buenos Aires.

Él conforma familia -obviamente entendiendo también por las pocas averiguaciones que hemos podido hacer-; sus hermanas también se asientan ahí con él. Porque él era el beneficiario de esas tierras que le habían otorgado. Ahí entonces empieza

⁶ Logko: cabeza (cuerpo humano) /Autoridad de una comunidad.

a organizar la comunidad mi bisabuelo. Entendiendo también que había gente que venía siendo corrida de Gulu Mapu⁷ y de la zona, hoy Junín de los Andes. Él fue el que siguió recibiendo gente que venían siendo corridos por lo que se llamaba el malón. El malón wigka⁸ que los fue corriendo... y así empezó a recibir a mucha gente que llegaba ahí a pedir refugio.

Entonces él también en su momento organizó el territorio. Y dijo, “del arroyo para este lado nos ubicamos nosotros que somos los primeros habitantes de este lugar, y del arroyo para el otro lado, se van a ubicar las personas que vienen llegando corridas por el ejército”.

Así fue que se conforma la comunidad, que obviamente allá por el ‘70 ya el gobierno de Neuquén -Sapag en aquel momento- en la organización de la provincia empieza también a ver que hay indígenas en distintos lugares de la provincia, y empieza a ver cómo va a hacer con esos indígenas que quedaron desperdigados por la provincia.

Y entonces empieza toda la imposición de una personería jurídica que el estado le entrega a las comunidades y ahí en ese tiempo fue que reconoce a dos personas que estaban ubicados en ese grupo de mapuce en Ciwkvjiwiñ, uno era Pereyra y el otro era Huala. Entonces la comunidad según el estatuto se llama Huala-Pereyra ubicada en el paraje Ciwkvjiwiñ, Departamento Huiliche.

Esa sería entonces la identidad territorial, que luego obviamente es la nuestra y la de las nuevas generaciones a partir del nacimiento de mi papá en la zona. Mi papá, tiempo después se junta con mi madre, que también obviamente su familia es muy cortita, ellos estaban siendo corridos en Gulu Mapu y estaban en lo que hoy es la comunidad Awkapan. Yo busqué esa información de cómo estaban registrados en las actas de nacimiento.

Entonces ahí mi papá conforma familia con mi mamá, que es de apellido Ñamku. A mi papá, que ya le había borrado su

⁷ Gulu Mapu: territorio que actualmente se ubica en Chile.

⁸ Wigka: usurpador, ladrón, colonizador.

nombre de identidad mapuce con mi bisabuelo, le pusieron Manuel Pereyra. Y bueno, luego nacimos 13 hijos y nueve estamos aún vivos, mi papá y mamá ya fallecieron. Primero mi papá, justo después de la constitución del Primer Parlamento Mapuce en Neuquén, que fue el que dio origen a la conformación de la Confederación Indígena Neuquina.

Él fue parlamentario y al año siguiente falleció, de una enfermedad que no alcanzó a ser operado. Mi mamá falleció mucho tiempo después, por lo tanto, mi crianza en el conocimiento mapuce tiene mucho que ver con todo lo que nos enseñó nuestra madre. Yo tenía nueve años de edad cuando mi papá falleció y mi mamá se quedó a cargo de todos los hijos.

Así que mi infancia fue en la comunidad hasta los 12 años, que fui sustraída de la familia. Nos llevaron a mí y a mis dos hermanas menores -una de nueve y otra, Mari, de cinco años- a lo que era la Escuela Hogar Mamá Margarita (católica) que quedaba en pampa del Malleo. Hasta allí nos llevan y desde ese lugar ya fue difícil volver. Porque ya es como que se apropiaron de nosotras y ahí desde ese lugar me mandan al colegio María Auxiliadora, donde me dieron un título que no me sirvió nunca para nada.

Y ya no pude volver nunca a la comunidad, porque el estatuto que impone el estado neuquino decía que aquellos que salieron por más de dos años de su comunidad ya no podían volver. Ese estatuto fue fuertemente puesto en ejercicio por las autoridades mapuce de ese momento, porque era como una obligación que el Estado les imponía, de cumplir con ese estatuto. Y así fue que muchos jóvenes, como yo en ese momento, no pudimos volver a nuestra comunidad. Volvíamos, por supuesto, a las ceremonias; nunca perdimos el contacto, por lo menos en el caso de mi familia, pero no pudimos volver a vivir.

Eso es un poco la historia de relación con el territorio comunitario en el cual se desarrolló mi familia, y de ahí entonces es que se nos conoce como Pereyra y no como Piciñam. También hay una historia contada por nuestros antepasados

que todos aquellos que fueron tomados por el ejército como baqueanos se les impuso un apellido de alguien del ejército. No sé si como adoptado, o se le ponía cualquier nombre que sea cristiano o español. Entonces las nuevas generaciones, en mi caso, fueron ya Pereyra. Y nosotros como parte del proceso organizativo, que surge a partir de la venida para acá, para Neuquén, de mis hermanos -antes ya había venido mi hermana casada- vienen a parar tres hermanos más. En ese tiempo, estaba lo que era la construcción de Alicurá, que estaba en pleno auge; ellos se venían a trabajar ahí y por lo tanto se venían a vivir a Neuquén.

Yo vine buscando (supuestamente todos venimos a eso) mejores condiciones para seguir estudiando y con la intención siempre de volver a mi comunidad. Así que ahí un poco la historia de cómo se corta esta relación, esta identidad del nombre mapuce que nosotros de alguna manera, por haber sido nuestra vida desarrollada en un ámbito comunitario mapuce donde había ejercicio de la espiritualidad, ejercicio del idioma mapuce, ejercicio de muchas actividades que eran propias del pueblo mapuce; no perdimos tanto como otros hermanos que ya por tener el apellido impuesto pasaban desapercibidos y cuando entraban a la ciudad ya no eran mapuces. Porque eran García, Pereyra, Álvarez, o cualquier otro apellido. Entonces, también de esa manera tenían más posibilidades de no ser discriminados.

No portar con el apellido mapuce -también en ese tiempo- era como una forma de entrar, como nosotros decíamos, “teníamos que dejar de ser mapuces para ser alguien en la sociedad”. Nosotros vinimos a Neuquén y desde acá comienza la historia de organización. Comienza desde el núcleo familiar de los Pereyra, los Wijipan, de lo Kvlalew, los Nawel. Nosotros acá empezamos a reunirnos como familia primero, a tomar mate, a compartir algunas comidas mapuce y a pensar, a pensarnos, como mapuce en medio de la ciudad, y con la firme convicción de nunca dejar ese lazo espiritual, comunitario. Y nos empezamos a organizar desde acá para volver en tiempos de ceremonia

especialmente. Y esa fue una muy buena elección, porque de esa manera nunca dejamos de fortalecernos, fundamentalmente en lo espiritual.

VI: ¿Cuáles son los elementos que desde la cosmovisión mapuce va conformando esa identidad como mapuce, subjetivamente y como mapuce en términos de pueblo o Pueblo Nación?. Vos ya mencionabas la importancia del territorio. ¿Qué otros elementos hay, entonces, en la idea de identidad, y cómo se conjuga lo territorial en ese sentido?

PP: Dos conceptos fundamentales son la base para la identidad mapuce: el tuwvn y kvpan. Son dos conceptos mapuce que están íntimamente relacionados y dependientes uno de otro; kvpan es el origen familiar y tuwvn es el origen territorial. Podríamos decir que hoy está reconocida la auto identificación. Digamos; cualquier persona que sospeche de tener origen mapuce puede buscar de esa manera cuál es su ligazón con el pueblo mapuce. En este sentido, cuando decimos origen familiar no nos estamos refiriendo a la cantidad de sangre mapuce que tengamos, sino justamente al conocimiento. Cada familia mapuce desarrolla un conocimiento en relación al territorio desde nuestra cosmovisión; desde el territorio surgen todos los aspectos que nos hacen che, nos hacen personas. En el sentido de que entendemos que está todo organizado, ordenado para que el territorio se exprese a través de esas personas, de los che, o mapuce, o mapunce, que sería el concepto más correcto que habla de la raíz desde la visión mapuce, que implica conceptos sumamente complejos como Ixofij Mogen, en el sentido de que están relacionados y no se pueden fraccionar.

Está hablando de una diversidad de vidas que dependen unas de otras y de las que somos parte nosotros como che, como personas, somos parte de esa gran diversidad con un rol fundamental; que es justamente expresar ese conocimiento que está en nuestro territorio y que va a ser transmitido de generación en generación a través de nuestra familia. Por lo tanto, el nombre mapuce da a conocer a qué territorio estamos

relacionados y a qué conocimiento; en todo caso, estamos relacionados a través de las vidas.

Por eso nuestros nombres tienen que ver con las plantas, los ríos, con árboles de distinto tipo, con los pájaros, con los colores –que para nuestra visión de mundo también tiene una forma de conocimiento y una forma de expresarse- una particularidad, que en todo caso va a ser ejercida por cada individuo. Ese individuo, además, luego de conformar una familia va a fortalecerse con el conocimiento de otra familia. En ese sentido es que nosotros hicimos todo lo posible como familia, como hermanos, buscando el origen de nuestro nombre mapuce, que obviamente sabíamos que Pereyra no era.

De parte de mi mamá estaba ya definido que era Ñamku, que es un pájaro que te guía en el camino y que te brinda conocimiento en base a cómo portarte en relación con el territorio. Y el apellido de parte de mi papá, Piciñam, son dos conceptos que implican el tamaño, “pici” y “ñam”, de Ñamku también. Y obviamente ahí hay otros apellidos que son parte de mi familia que fueron cortados, porque ahí nosotros no encontramos información de qué otros apellidos mapuce habían de parte de mi abuela, por ejemplo. Que es fundamental porque eso implica la relación con la vida que te da origen en el territorio.

En esa relación nosotros nos mantenemos en equilibrio, en esta relación encontramos nuestra particularidad, nuestro rol, en relación a qué tenemos que hacer, ya que ese conocimiento debemos desarrollarlo en el transcurso de nuestra vida en este plano. Así, por ejemplo (lo podríamos dar como ejemplo desde nuestra cosmovisión para que se entienda mejor) en la particularidad que tienen las y los machi⁹, que en su origen familiar, más de 400 años atrás, alguien que fue machi puede aparecer en este tiempo. Y con esto uno puede decir, ¿Esto sería reencarnación? No, ahí tendríamos que entenderlo desde la transmisión

⁹ Machi o Maci: principal encargado/a del sistema de salud mapuce. Posee conocimientos y capacidades específicas de su función que le permite aportar al restablecimiento de la salud.

del conocimiento que vuelve a aparecer en nuevas generaciones y que tiene que ser ejercido en este tiempo.

Por todo eso es tan importante para nosotros la identidad que está reflejada en nuestros nombres. Porque tenemos un nombre, una identidad que tenía esos dos conceptos que te digo, que es la relación con el territorio y la familia y que fundamentalmente implica el conocimiento que la familia tiene que entregar a la comunidad mapuce en determinado espacio territorial.

VI: Y esto que me comentas, tiene que ver también con muchos elementos del genocidio, de la negación de la identidad, de la negación territorial, ¿Qué otros elementos o características tuvo el genocidio para el Pueblo Mapuce?

PP: Bueno, es increíble cómo fue tan rápido todo lo que fue el avance de los estados, tanto de Chile como de Argentina. Porque recordemos que antes hubo una guerra de más de 300 años con los españoles, donde el Pueblo Mapuce nunca fue vencido, sino por el contrario, hubieron pactos y acuerdos que igual, obviamente, no fueron cumplidos. Pero digamos que los estados que se declaran independientes de España, son los que organizaron el avance territorial hacia lo que hoy se llama Patagonia. Entonces, en ese sentido es que el genocidio fue perpetrado contra el Pueblo Mapuce, en particular acá con la mal llamada “Campaña del desierto”. Por empezar, nos dejaron sin territorio, en el sentido de que se apropian de las mejores extensiones del territorio, y es de allí de donde viene mi familia, su origen territorial era aquel.

En ese sentido, las consecuencias del genocidio sabemos cuáles son. Por ejemplo, la apropiación de niños, que continuaron hasta hoy. Incluso si uno piensa como en mi generación hubieron tantos niños apropiados por las iglesias que tenían la modalidad de albergue, pero que eran la continuidad del genocidio, o siguen siendo en algunos casos.

Ha sido la lucha del Pueblo Mapuce en todo caso, la que ha ido cuestionando esos internados que fueron parte de la

práctica de la apropiación de niños, como fue la apropiación de Ceferino Namuncurá, que aún sigue siendo utilizado para la evangelización, para el catolicismo y para el avance sobre las comunidades. Ni que hablar de las otras iglesias, o sectas, que han llegado hasta estos momentos y que son las peores consecuencias que seguimos sufriendo desde el Pueblo Mapuce.

Porque siguen adormeciendo la conciencia de nuestros lamgen¹⁰. Un montón de prácticas —que aún continúan— del racismo, de la discriminación, como nosotros/as que ya siendo parte de un ámbito urbano donde tuvimos que ir a vivir; en el caso mío, por ejemplo, en la escuela de María Auxiliadora, sufrí concretamente el racismo. Terrible... no solamente por ser mapuce, sino también por ser pobre o empobrecidas, porque nuestro pueblo fue empobrecido. Entonces, se dañó lo que sería la subjetividad. O se puede explicar desde otro lugar, desde la transmisión de conocimiento y lo que implica para nosotros la transmisión del nombre originario, el nombre mapuce.

En ese sentido, las consecuencias han sido muy terribles. Muchos de nuestros hermanos han perdido lo que nosotros decimos, el rumbo. Muchos de nuestros hermanos han ido a parar a los centros de salud mental por la situación de la pérdida de la identidad. Esa identidad que obviamente para nosotros es fundamental, porque justamente para nosotros, cuando alguien está enfermo, tiene que entrar en relación con su origen. Ni que hablar del tema de la prohibición de las ceremonias, que al momento también de retomar nuestra espiritualidad; nos encontramos con que alguien mayor nos pregunta cuál es nuestro nombre o nuestro origen mapuce, y de ahí surge una posibilidad que tenemos de entrar en equilibrio y de entrar en comunicación con las demás vidas. Y se va perdiendo y se va dañando todo lo que tiene que ver con la vida mapuce en ese sentido, en la gran necesidad que tenemos

¹⁰ Lamgen: hermana. Lo utiliza el hablante hombre hacia una mujer, o entre mujeres.

de sostenerlo. Nuestro kvme felen¹¹, nuestro buen vivir, está relacionado a todo esto de tener claro quiénes somos, en el sentido de pertenencia y de relación con el entorno y que hace posible el buen vivir.

VI: Vos mencionabas al Estado. El Estado, en términos de genocidio tiene un rol muy particular. Me interesaría saber ¿cómo pensás o conceptualizás hoy la relación con el Estado desde la mirada del Pueblo Mapuce?

PP: El Estado obviamente se construye luego del intento de eliminación del Pueblo Mapuce, o de los pueblos originarios en lo que hoy es Argentina. Obviamente que fueron cambiando sus constituciones. En la Constitución primera hablaba de “transformar a los indígenas al catolicismo”. Desde ese pensamiento hay un Estado racista, excluyente de toda esa diversidad tan rica que contiene lo que hoy es Argentina.

En ese sentido, la reforma de la constitución fue producto de la lucha de nuestros mayores, que lograron ese cambio importante en lo que fue la Constitución Nacional, que reconoce la preexistencia de los pueblos originarios en la Argentina. Y luego, en las Constituciones Provinciales; en el caso de Neuquén que también reconoce la preexistencia del pueblo mapuce en Neuquén —aunque no menciona la palabra “mapuce”, justamente por ese racismo imperante hasta la actualidad—.

Más allá de todos esos avances de reconocimiento constitucional, aún hay una deuda. No solamente la deuda histórica de lo que ha sido revisar la constitución del Estado, el genocidio a los pueblos, sino también la deuda que tiene el Estado para poner en ejercicio esos derechos constitucionales; no solamente a nivel del Estado argentino sino también en el marco de los instrumentos internacionales que nos amparan como pueblos preexistentes a los Estados.

¹¹ Kvme felen: buen vivir

Entonces, el Estado no genera políticas públicas que realmente cambien la situación, en el sentido de que todos esos instrumentos no se ponen en la práctica, y de que el Estado no ha sido garante de los pueblos originarios, sino de las multinacionales y de las prácticas extractivistas. Entonces, nos deja a los pueblos originarios desamparados, teniendo tantas leyes que nos amparan. En ese sentido, el Estado argentino no se pone a la altura de los reconocimientos que tiene su propia estructura.

VI: Con relación al reconocimiento de derechos, hay un derecho en particular sobre el que me gustaría preguntarte. El derecho a la propiedad comunitaria, o como lo menciona la constitución, “las tierras que tradicionalmente ocupan”. ¿Cómo son esas contradicciones que aparecen entre las posiciones del Estado y los derechos territoriales que como pueblo ustedes tienen consagrados?

PP: Obviamente la situación en este momento es terrible, por lo menos en la provincia de Neuquén. Concretamente, no hay información fehaciente de cuántas comunidades tienen realmente el título de propiedad comunitaria. Entonces, en ese sentido, lo que sigue sucediendo es que nos dejan desamparados totalmente, en tanto que el Estado siempre dice que los territorios son fiscales. Y como son propiedad del Estado, entonces el Estado tiene la facultad de hacer lo que le parece con esos territorios. Pero esos territorios, son territorios que deben ser garantizados —por que lo dice la Constitución— para el pueblo mapuce que lo ocupa y desarrolla su cosmovisión ahí.

Sin embargo, estamos en permanente amenaza de que se avance con la mega minería y las petroleras... en permanente estado de amenaza por esta situación de no poner en ejercicio las herramientas que el Estado tiene para proteger los territorios comunitarios; y, muy por el contrario, entendemos que lo hacen a propósito, para justamente desestimar el derecho que tenemos sobre esos espacios territoriales. Nos deja desamparados jurídicamente, para decir justamente después que no

tenemos personería jurídica; ese es uno de los argumentos que usan. Cuando en realidad las leyes dicen que no es necesario tener personería jurídica en relación a nuestra personalidad comunitaria mapuce porque ser mapuce es suficiente para el uso de la propiedad comunitaria.

Hubo un tiempo —como te contaba— que el Estatuto decía que si te alejabas dos años ya no tenías derecho. Eso estaba planificado desde el Estado del Gobierno Provincial, para vaciar de jóvenes a las comunidades, para que queden solo los viejos, como sucede hoy en Río Negro. Muchas comunidades de los hermanos han dicho que están solo los abuelos, que ya no hay jóvenes en las comunidades. Justamente porque no se garantiza el buen vivir, el *kvme felen* en cada uno de los territorios. Entonces, los jóvenes tienen que seguir saliendo del territorio.

VI: En particular, te quería preguntar también sobre las comunidades que están asentadas en la urbanidad. Por ejemplo, la Lof Puel Pvjv, que es a la que vos perteneces. ¿Cómo se desarrolla esta construcción en esas particularidades que se dan en la urbanidad?

PP: Bueno, en ese sentido, la diferencia con Chile es que acá desde el Estado los territorios se reconocen como comunitarios. Ahí hay una gran posibilidad de defenderlo en forma conjunta, además de que no les es fácil... y por eso hay tanta bronca, porque claro, nosotros seguimos defendiendo que el territorio no se puede vender, y para este tema capitalista, eso es un problema. Porque lo que van a seguir buscando, son formas de cómo llevarnos a la idea de la propiedad privada.

Ahí, a lo mejor, podríamos hablar en la forma en que nosotros no desarrollamos. Desde el Estado provincial siempre se buscó la manera de diferenciarnos; luego de haber reconocido la existencia del Pueblo Mapuce, de alguna manera se le entrega y se lo organiza desde el Estado con una persona jurídica. El gobierno provincial recorrió la Provincia para todo ello. De inscribirlos como autoridades —la mayoría varones— pero no

como logko, sino como caciques. Entonces en la comunidad Huala- Pereyra, el cacique era Huala —porque era más afín al gobierno— y el que le seguía era Pereyra porque lo tenían que tener controlado de alguna manera, porque era el que andaba revoltoso y siempre iba a Buenos Aires a reclamar por las tierras.

Entonces, lo que hizo el Gobierno fue meter la idea de que los verdaderos mapuce están allá metidos en la Cordillera, atrás de los chivos y que los mapuce que ya se fueron del territorio ya no son mapuce. Y la gente eso también lo fue tomando como una idea propia, incluso menospreciando a su propio familiar, diciendo de que, “bueno, ya que fuiste a la ciudad allá no son mapuce, ya sos un wigka”.

Nosotros en su momento, en los primeros tiempos de la organización mapuce en Neuquén, estábamos con la idea de volver a la comunidad en algún momento, aunque sea para mantener esta relación espiritual, volviendo para el tiempo de ceremonia. Pero también en ese momento nosotros nos pensábamos mapuce en la urbanidad, logrando cosas para nuestra gente en la ruralidad, así nos pensábamos. Entonces no estábamos siendo conscientes en ese momento, de que todo el territorio de Neuquén es territorio mapuce y por lo tanto nosotros podríamos ser mapuce aquí, en la zona en la cordillera o en la meseta. Es parte del proceso organizativo y parte del fortalecimiento cultural identitario, que hace posible que empecemos a pensarnos en por qué no conformarnos en comunidad, en medio de la ciudad.

En ese sentido, pensar que no estamos por fuera del territorio mapuce, sino que hoy este territorio mapuce está urbanizado. Desde esa idea es desde la cual pensamos que no somos mapuce urbanos, como nos denominamos los primeros tiempos. Entonces, nosotros pensábamos que los mapuce urbanos hacíamos cosas por los mapuce del campo, que eran los pobres (o bueno, más pobres que nosotros). Pero por otro lado también es necesario remarcar que acá nosotros estamos más cerca del poder político, del poder del Estado; para poder gestionar, en función de las comunidades más alejadas de las

grandes ciudades —o de la ciudad donde se define todo, que era Neuquén capital—. Por eso fue importante tomar conciencia de que las pertenencias a un territorio que hoy está urbanizado no nos hacen menos mapuce. Y desde ese lugar es que empezamos a buscar una manera de volver al origen, de fortalecernos en el origen mapuce y empezar a buscar nuestro conocimiento. Y entonces, preguntarnos de qué manera nosotros íbamos a poner en ejercicio nuestra pertenencia a una cultura distinta de la que nos rodea; no con un alambrado como están rodeados nuestros hermanos en la ruralidad, sino que nos rodean con cemento, con edificios, con las iglesias de al lado que son evangélicos y al otro lado otros que son católicos. Y que estamos rodeados de gente que ejercen el racismo y la discriminación hacia nuestras propias prácticas culturales.

Entonces nosotros pensábamos cómo nosotros nos íbamos a fortalecer desde este lugar, desde nuestras propias prácticas culturales. Justamente, reforzando la idea de Lof. Y ahí, ya aparece el concepto de Lof y no tanto de comunidad. Porque la primera comunidad que se conforma acá, se conforma como asociación mapuce, se consigue la personería jurídica, pero fue como simple asociación. Nosotros como Lof Puel Pvjv, en los primeros tiempos nos habíamos organizado para conformar la asociación jurídica Puel Pvjv. Pero no pudimos obtener la personería jurídica porque en ese tiempo no teníamos los recursos. Pero sino también hubiésemos tenido personería jurídica como simple asociación. Como lo están las demás comunidades de la provincia de Neuquén. Y todo eso también es una condicionante para las comunidades, porque las tienen amarradas de tal manera que, por ejemplo, a las comunidades que obtuvieron la inscripción del INAI a nivel nacional, les hacen volver atrás para inscribirse como simple asociación; porque sin ellas no iban a tener beneficios sociales, beneficios de proyectos, o que no iban a acceder al título de la tierra —que en realidad nunca llega—. Y entonces hubo todo un sistema de opresión que hace que las comunidades aflojen por la situación de empobrecimiento en la que se encuentran.

Nosotros también desde el año '92 —que es un hito en la organización del Pueblo Mapuce— retomamos nuestra conexión con nuestros hermanos del otro lado de la cordillera, en lo que fue el reencuentro del Pueblo Mapuce en el marco de los 500 años de la invasión española. Nosotros lo que hacemos a partir de ese momento es retomar el conocimiento, retomar todas nuestras prácticas culturales y de alguna manera empezar a sistematizar ese conocimiento y ponerlo en ejercicio en medio de la ciudad. Y así, entonces, es que se arma el centro de educación, el centro de salud mapuce, con un montón de prácticas propias del Pueblo Mapuce en la ciudad. Parece casi imposible, pero nosotros lo logramos y estamos en ese proceso. Y así es que se conforman las primeras comunidades acá en urbanidad (en realidad, las primeras son las que se conforman acá en Neuquén... ahora último se conformó una más en Loncopue).

Siempre, obviamente, con el objetivo de una vida comunitaria que solamente se puede dar bien —digamos, en todos los aspectos— en un territorio comunitario; por eso nuestra lucha fue siempre por territorio, ya sea para otras comunidades, pero ahora también es para nosotros: los que desde la ciudad nos organizamos. Entendiendo siempre al espacio comunitario como aquel que nos da una identidad de relación con ese territorio que tiene que ver mucho con nuestra identidad. O sea, entendiendo también de que nuestra espiritualidad debe desarrollarse en relación al territorio y en los espacios pequeños de un terreno... y ahí levantar también nuestra ceremonia, nuestras prácticas culturales. Pero siempre pensando un espacio necesario para el desarrollo de nuestro buen vivir o *kvme felen*.

VI: También está el derecho a la autodeterminación ¿no?. En esa idea, podemos incluir a la propia organización jurídica mapuce o Az Mapu¹². ¿Qué rol tienen esos derechos, no sólo en relación a la autodeterminación, sino también respecto a la importancia de construir o continuar reivindicando sus propias instituciones?

¹² Az Mapu: la propia normativa o ley mapuce.

PP: Bueno, parte de lo que fue el proceso de descolonización tiene que ver también con empezar a retomar nuestra propia institucionalidad. En ese sentido, la Confederación Mapuche de Neuquén cumplió un rol fundamental en retomar nuestra propia institucionalidad y nombrar a nuestras propias autoridades con sus propios nombres. Por eso es que hubo un cambio profundo y que el Estado sigue, de alguna manera, coartando los Estatutos; por ejemplo, con el tema de cambiar de logko a cacique. Es un tema grande, porque nuestras autoridades no son caciques; los caciques se entienden como alguien que va a estar mandando por sobre las demás personas y la idea de logko es otra concepción. La idea de autoridad mapuce implica que esa autoridad va a estar ejerciendo su rol en relación al conocimiento mapuce. Entonces es en ese sentido; retomar nuestra propia normativa mapuce, nuestra ley, que se llama Az Mapu. Fue parte del proceso que se inició en el '92. Cuando nos empezamos a encontrar con autoridades: logko, machi, pijañ kuse¹³, gen pin, werken¹⁴, es decir, todas las autoridades máximas con nombres propios; empezamos a buscar la explicación de lo que sería esa propia institucionalidad. Porque a todo esto el genocidio también hizo un fuerte hincapié en imponer una cultura supuestamente superior sobre una idea de lo que era lo salvaje e incivilizado. Entonces, es cómo también fue dejado de lado el conocimiento mapuce, como te decía yo antes, para ser aceptado; es decir, cuanto menos mapuce sos más vas a poder ser aceptado. Eso era muy fuerte en aquellos tiempos. Y entonces para nosotros también fue retomar y descolonizar parte de ese conocimiento que había sido y sigue siendo muy atravesado y muy colonizado permanentemente. Entonces pensarnos como un pueblo, con nuestras propias formas de organización social, de organización jurídica, cómo entender la vida y la muerte, la salud y la enfermedad, cómo entonces se transmiten los conocimientos.

¹³ Pijañ kuse: mujer poseedora del mapuce kimvn (conocimiento ancestral).

¹⁴ Werken: vocera/o de una comunidad

Todo eso fue parte del proceso organizativo que comienza o se fortalece a partir del reencuentro del Pueblo Nación Mapuce en el '92. Ya ahí, empezamos a fortalecer la idea de Pueblo; "Pueblo Nación", con todas las letras. Y en ese sentido empezar a buscar todo ese conocimiento que implica la organización de un Pueblo con una propia particularidad de organización social, espiritual, jurídica, etc. Ahí comienza la recuperación de lo que serían las leyes mapuce. ¿Cómo se regía el pueblo mapuce en la antigüedad antes de la invasión e incluso durante la invasión? ¿Cómo fue posible para el Pueblo Mapuce, que pudo defenderse por más de trecientos años? Esas eran las preguntas que nos hacíamos.

Y ahí entonces empezamos a ver y a preguntar un poco más, sobretodo a aquellos que ejercen el mapuzugun. Y empezábamos a preguntarnos en mapuzugun, en nuestro propio idioma, si había forma de retomar todo ese aspecto jurídico o normativo mapuce, las leyes mapuce. Entonces empezamos a profundizar sobre el conocimiento mapuce y ahí retomamos lo que sería el nor feleal¹⁵, el aspecto jurídico de la organización; el kvme feleal¹⁶, como sistema de autoridades de cada una de las comunidades. Y nuestra propia normativa está basada justamente en nuestra cosmovisión y en nuestra forma de entender al territorio. Entonces obviamente que la normativa mapuce también se contradice con las leyes Wigka.

VI: Para ir terminando, me interesa retomar una cosa que vos habías dicho al principio, que tiene que ver con el rol de las mujeres en esta resistencia del Pueblo Mapuce y en esta recuperación del conocimiento mapuce. En particular sobre tu rol como mujer mapuce. Tengo entendido que pertenecés a la Confederación Mapuce de Neuquén y que has tenido un rol muy importante en todo este proceso. Sería bueno entonces que puedas hacer una breve referencia a esta cuestión de género.

¹⁵ Nor feleal: aspecto jurídico de la organización.

¹⁶ Kvme feleal: sistema de autoridades de cada una de las comunidades.

PP: Bueno, en realidad el rol de las mujeres del Pueblo Mapuce siempre fue muy importante en todos los aspectos. Obviamente que nuestro rol de mujeres se fortalece en el aspecto fundamental de la educación y de la transmisión del conocimiento. Pero ahí obviamente estamos en pleno proceso también de búsqueda de explicaciones, en cuanto a cuál sería nuestra explicación de la idea de género dentro del pueblo mapuce.

En ese sentido, entendiendo que siempre estamos hablando de la complementariedad de género y generación; en el sentido de que eso está ordenado dentro de lo que sería el Az Mapu, donde nadie tiene que sentirse superior. Está así ordenando dentro de lo que sería el territorio o Waj Mapu¹⁷, y ese territorio implica, justamente, la circularidad. Y en esta circularidad no hay nadie que esté por sobre o en estado superior, sino por el contrario, si cualquiera de esas esas vidas están dañadas o no están cumpliendo su rol obviamente que va a haber desequilibrio.

Y nosotros hablamos de la complementariedad no solamente entre las personas sino justamente con las demás vidas y ahí la diferencia. La complementariedad en el sentido de roles que siempre mencionamos en nuestra visión de mundo, en cuanto a que el pueblo mapuce entiende que como che, como persona; nosotros no nos mandamos solos a solas. ¿Por qué? Porque hay un origen del que yo te hablaba al principio, hay un origen que nos va ordenando, un origen familiar fundamentalmente y un territorio que nos va ordenando.

Nosotros, concretamente acá, en el territorio comunitario, cuando hicimos la ceremonia para habitar ese lugar, se hizo una ceremonia “para pedir permiso” decimos nosotros, para avisar que íbamos a estar ahí. Y eso se hizo a través del machi, por supuesto, quién tiene la facultad de comunicarse con las demás vidas. En ese sentido, entendiendo que en el territorio hay vidas que nos ordenan; nosotros no podemos hacer lo que se nos

¹⁷ Waj Mapu: territorio mapuce.

da la gana sin pensar que vamos a tener una consecuencia, sea negativa o positiva. En ese sentido, la dualidad de la que se habla y que a veces somos cuestionados por hablar de la dualidad; la dualidad no es excluyente, no hay solo hombres y mujeres, hay otras diversidades de género y éstas también se muestran en lo que es el territorio, en lo que es —mal llamada— la naturaleza. Por ejemplo, uno va a la Cordillera y se encuentra con que un año capaz que hay un pino macho y está dando piñones. Y también nosotros, en esa observación, entendemos que la diversidad es lo que hace a la fortaleza.

El rol de las mujeres ha tenido una transformación importante en este proceso. Obviamente, no es lo mismo en la antigüedad que en el tiempo de guerra. En el tiempo del ejercicio de la libertad, obviamente que era totalmente distinto. El rol de la mujer era muy respetado, como lo era el rol de cualquier autoridad. Porque en realidad de lo que nosotros hablamos es del ejercicio de los roles, sea mujer u hombre, deben cumplir con un rol que hace posible el equilibrio de un espacio comunitario, pero en relación con las personas, digamos. La Lof como concepto, no implica hablar de Lof mapu y Lof che. Lof che sería como el conjunto de personas y Lof mapu sería el territorio.

Esa dualidad debe estar en equilibrio, como debe estar en equilibrio la dualidad femenino / masculino. Y nosotros lo hacemos en el ejercicio de nuestra espiritualidad; cuando nosotros nos comunicamos con las diversas vidas, mencionamos a las abuelas y a los abuelos, a lo femenino y lo masculino. Género y generación tienen que estar presentes en esa dualidad. Entonces nuestro concepto de dualidad no es el simple ser mujer u hombre. El sentido de la dualidad es, en todo caso, “el número 4” podríamos decir.

Entonces, en ese sentido es que es muy importante para nosotros revisarnos permanentemente ¿Qué estamos haciendo? ¿Qué parte de nuestro conocimiento no lo estamos poniendo en ejercicio para también a estar así?. Hoy, obviamente, nosotros tenemos que estar conscientes de que estamos atravesados y colonizados. Estamos en el ejercicio pleno —digamos— de lo

que son las malas costumbres, el machismo como uno de los males que nos aquejan. Es muy fuerte el machismo y entiendo que en el tiempo de libertad se trataba de otra manera; se trataba justamente con las leyes mapuce, esa violencia que pudiera haber adentro de las comunidades. Se buscaba el equilibrio y si no era posible en la conversa, en lo que nosotros entendemos como el *gvxam* y *gvbamtuwvn*¹⁸, se buscaba a través del ejercicio de los *machi* y las *machi*, quienes buscaban el origen de la situación.

Entonces obviamente, que eso que estamos siempre diciendo nosotros —“que son parte de nuestro conocimiento”—, está siendo violado permanentemente hoy. Entonces el rol de las mujeres en el proceso de la organización del Pueblo Mapuce en Neuquén fue fuerte. La presencia de nuestras mujeres *pijañ kuse*, nosotros lo ponemos en relieve. Porque ya te decía, la Confederación Mapuce de Neuquén fue constituida por caciques —ojo la palabra— porque así fue reconocido por el Gobierno Provincial prácticamente en la mayoría de las veces. Porque ellos nos decían “bueno, a ustedes los reconocemos y reconocemos la tierra, pero como reserva indígena”. Le llamaban “reservas de tierras indígenas a favor de la comunidad Mellao Morales”, por ejemplo.

Y así fue sucediendo; por eso la mayoría de las comunidades tienen dos nombres: Mellao Morales; Huala Pereyra; y así. Le iban entregando, pero al mismo tiempo Sapag decía “Usted va a ser el cacique, usted va a ser el capitanejo...” y no sé cuánto más. Luego, con el proceso organizativo, nosotros empezamos y con los mismos *logko* —la mayoría hablantes del *mapuzugun*— empezaron a ver que había algo mal ahí; no estaba la presencia de las mujeres, ni de las mujeres mayores, ni de las jóvenes.

Entonces lo que se buscó fue poner en relieve el rol de *pijañ kuse*, porque acá no tenemos *machi*. El rol de *pijañ kuse* es ejercido por las mujeres que empiezan a participar en los parlamentos mapuce y a valorar su rol. Entonces las mujeres

¹⁸ *Gvxam* y *Gvbamtuwvn*: formas de ejercicio de la conversación, del diálogo y transmisión de consejos.

empezaban a tener ese rol de educadoras y de aconsejadora de montón de cosas que estaban sucediendo y que tenían que revisar los hombres en función de sus roles como autoridad. Eso está en proceso; no es que sea resuelta toda esa situación, porque la mayoría de los de los logko siguen siendo varones.

Y entonces lo que yo también entiendo, es que toda esa posibilidad que tenemos del ejercicio en nuestro rol como mujeres mapuce primero, y como autoridades mapuce —en el caso mío, como pijañ kuse—; todo eso cambia profundamente lo que sería la relación hombre-mujer que veníamos teniendo tan fuerte de dominación del hombre hacia la mujer.

Todo eso, producto de todo lo que fue la evangelización; hay un ser supremo, todopoderoso y hombre que se llama “Dios” o “Jesucristo”, no sé. Son todas concepciones ajenas a nuestra forma propia. Sin embargo, tenemos que tener presente que hubo un tiempo en la historia en que la organización del Pueblo Mapuce -tanto social como territorial- no fue así.

Hasta hoy, si se analiza más desde el cuestionamiento de lo que sería el machismo, podría considerarse que se ejercía el patriarcado dentro de la cultura mapuce. Porque la organización territorial se definía del lado paterno y así se seguía transmitiendo de generación en generación. Porque los hombres tenían facultad de traer a las mujeres a su territorio y las mujeres iban al territorio del hombre —que la llevaba a otro territorio, por supuesto—. Y así se ejercía la organización social en la distribución del territorio. Pero ahí, no era el ejercicio del machismo, sino la organización; justamente, que la para la cultura mapuce funcionó así. Y podríamos seguir analizando montón de otras cosas más. Pero en ese sentido, la importancia que tiene el reconocimiento y el fortalecimiento del rol de las mujeres justamente porque somos las mujeres que en la historia del Pueblo Mapuce hemos sido las que hemos insistido, de alguna manera, y llamado la atención a los varones, del no cumplimiento de ciertas normas mapuce; leyes mapuce que hacen posible la convivencia.

Y entonces permanentemente escuchábamos a las abuelas “ya éstos están muy “awigkados”¹⁹, en el sentido de no portarse como mapuce. ¿Qué sería no portarse como mapuce, no? En ese sentido, la verdad es que no solamente por el rol que yo vengo a ocupar —justamente, producto de este proceso organizativo—, sino porque valoró a mi madre, que por ejemplo se quedó con montón de hijos sola y que se la bancó sola por mucho tiempo y con mucha pobreza.

Sin embargo, ella, lo más rico que nos dejó fue el conocimiento; el inculcarnos fuertemente que no teníamos que dejar de ser mapuce por más que nos vayamos de la comunidad. Eso fue un mandato, así, muy desde lo cultural. Y de que ella permanentemente a los varones —a mis hermanos— siempre estaba llamándole la atención de poner en ejercicio el conocimiento mapuce para la vida, para su conformación de matrimonio, para la vida misma, para el ejercicio de las cosas de producción. Siempre teniendo en cuenta de que no teníamos que olvidarnos del aspecto espiritual de relación; para estar bien, para estar con salud, para viajar, para todo. Ellos siempre estuvieron presentes, así, en ese sentido. Y todas las mujeres que yo conocí, que fueron autoridades —en su momento reconocida por la Confederación y llevada los parlamentos— cumplieron un rol muy, muy importante, de recordarnos insistentemente e instarnos a organizarnos desde nuestro propio conocimiento.

VI: Bueno, ¿Querés agregar algo? Alguna cosa que no te haya preguntado y que te parezca importante...

PP: No. A lo mejor, por ahí para redondear, que en ese sentido para hablar de todo lo que hablamos, el Pueblo Mapuce se basa en tres conceptos —que vos mencionaste también—; obviamente, la autonomía, la libre determinación y el territorio.

Territorio, autonomía y libre determinación son los tres conceptos que hacen posible —digamos— la proyección del

¹⁹ Awigkados: dicese de personas de origen mapuce que dejan de lado valores de su identidad para incorporar los antivalores de la cultura dominante.

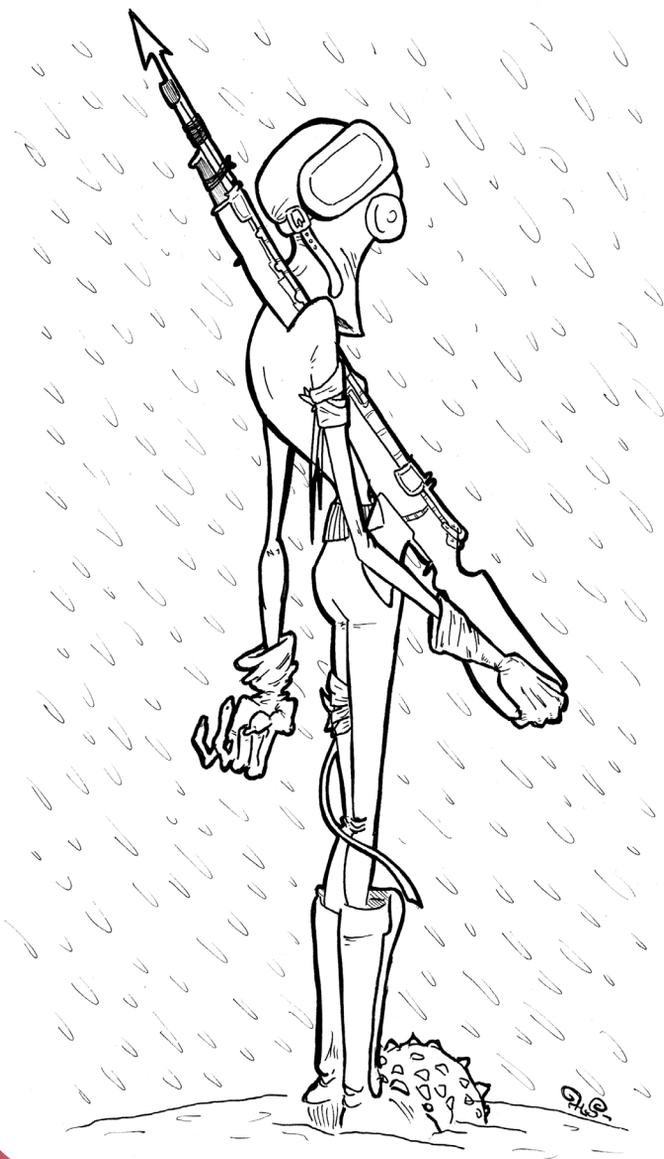
Pueblo Mapuce; o sea, están totalmente relacionados. Por lo tanto, no puede estar uno sin el otro, y en ese sentido es que nos proyectamos. Y permanentemente estamos hablando de nuestras proyecciones del buen vivir, pero el buen vivir basado en nuestros conocimientos. No solamente en el aspecto material sino, y fundamentalmente, en relación a lo que tiene que ver con nuestro rol.

Nosotros decimos siempre, que tenemos mucho para aportar. También en estos tiempos de pandemia, en esto de la enfermedad que nos obliga a estar comunicándonos así; como nosotros —el Pueblo Mapuce—, cada vez que sufrió situaciones de este tipo supo comunicarse con su entorno natural, el cual respetó siempre (y que seguimos respetando).

Entendemos que cuando hay gente que entiende que puede hacer lo que se le dé la gana con las demás vidas, estamos hoy sufriendo las consecuencias todos juntos ¿no?. Y sin embargo, los pueblos indígenas ya sabían. Nuestros abuelos, nuestras abuelas, ya sabían que se venía una situación muy complicada; lo están diciendo desde hace mucho tiempo y eso tiene que ver con un conocimiento que debería empezar a tomarse en cuenta para un cambio profundo que tenemos que tener.

¿Qué se está haciendo, en realidad?. Se piensa que estamos viviendo mejor explotando la naturaleza; sin embargo, nosotros entendemos que para el buen vivir, justamente, tenemos que intervenir lo menos posible el territorio.

ENTREVISTAS



Autorretrato

el alma
como susurro
tierra
vacío

(en blanco)

manejo la hendidura
no la deajo ver

sencilla y ligera
no
me deajo
ver

encontrarme, capaz
conectando
volando
al margen

(del sol)

al acantilado

Autora: *Renata Valiente*

Ilustración de portada: *Catalina Lorente*

Entrevista a Evo Morales Ayma, Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia¹

*Interview with Evo Morales Ayma, President
of the Plurinational State of Bolivia*

*Penélope Canónico², Carolina Cabado³,
Juan Cruz Galeano⁴, Bernardo Vázquez⁵,
Guillermo Raúl Moreno⁶ y Pablo Octavio Cabral⁷*
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 855-863
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e446>

¹ La desgravación de la entrevista fue realizada por Grecia Antonella Tiburcio Montoya, estudiante de la carrera de derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

² Periodista, Licenciada en Letras y Abogada. Magister en periodismo, UDESA (en curso).

³ Lic. Comunicación Social, UNLP. Socia fundadora de Chapuzón, Agencia de Comunicación Integral.

⁴ Estudiante de quinto año de Abogacía, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

⁵ Estudiante de 5to año de Abogacía. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales La Plata.

⁶ Abogado, Especialista en Derecho Constitucional, profesor de Historia Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6334-659X>).

⁷ Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UNLP), docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Email: pablooctaviocabral@yahoo.com.ar (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5768-4958>).



REDEA: Nuestra publicación es una revista jurídica que sale cada 3 meses, en ella tenemos una sección destinada a entrevistas, en donde hemos conversado con distintas personalidades políticas, estadistas, juristas, dirigentes sociales. En primer lugar, queremos preguntarle si nos puede hacer un pequeño recuento de lo que fue su carrera política, su ascenso, sabemos que estuvo viviendo en Argentina... si quiere, también nos puede contar esa situación. Para nosotros va a ser muy gratificante. ¿Cómo fue su ascenso, su paso por sindicalismo, y su paso por nuestro país?

E.M.: Bueno, muchas gracias. Cuando era niño vi a mucha gente que migro acá, comunidades campesinas originarias, milenarias. Mi padre una sola vez me trajo a mí y a mi hermana. Recuerdo que de niño cuando llegaban del campamento unos tractores de una chacra que nos llevaban a la escuela. Yo era *aymara* y no entendía el castellano; tendría entre 4 y 5 años. Solo entendía cuando la profesora se acercaba y me decía “Evito, Evito”, y nos acariciaba el cabello, eso me acuerdo. Siempre me acuerdo que la primera escuela que me vine fue en la zona de Jujuy. Me acuerdo también, cuando acabó la zafra, después del campamento dejamos la escuela. Como yo

no podía ir a la zafra, mi papá se iba y mi hermana le llevaba comida. Entonces comencé a vender helados, y vendía bien. Fue cuando pensé, una parte lo voy a ahorrar para comprarme una pelota, y así una parte de lo que ganaba lo entregaba a mi papá y otra lo enterraba en el suelo, para que él no se enterara. Cuando llegó la hora de retirarnos, delante de mi papá no podía desenterrar la plata..., hasta ahora debe estar allí enterrada en el suelo! Y después ingresé como soldado, debo ser el único presidente que ha ido al cuartel. Allí hay una norma: servicio militar obligatorio. Después ningún presidente ha ido al cuartel. En el altiplano boliviano cuando hay helada o sequía no hay que comer; así es como se vive en el altiplano. Mi padre dijo “vamos a yuga de La Paz, vámonos a Santa Cruz para mejorar la situación”. Mi gran deseo era plantar naranja, coca, u otro producto, y con esa ganancia estudiar en la Sierra de Cochabamba; quería ser periodista y en el 88` me nombran como dirigente de la federación, mi primer cargo en el sindicato fue de Secretario de Deportes; mi primer apodo era “el joven pelotero” ...y ya de delegado de base iba a las negociaciones de los diligentes municipales cuando era gerente del sindicato, no de la federación, y algunos compañeros planteaban transformaciones profundas, y las respuestas del gobierno de la derecha eran “tú estás haciendo política, tú no puedes hacer política”, eso me sorprendía. Yo como delegado no debatía, solo escuchaba, y después recordaba que en el altiplano boliviano también nos decían que la política del campesino del altiplano es “palo y pico”, pero cuando llegan las elecciones estas votando por ellos.

REDEA: ¿Y cómo se llega del sindicalismo a ocupar la primera magistratura del país?

E.M.: Yo me preguntaba ¿Y por qué en la década del 90 no hubo dirigentes campesinos? ¿Hasta cuándo los de afuera nos van a gobernar? ¿Cuándo nosotros mismos nos vamos a gobernar?... Este movimiento político nace sobre el “indígena”. Inclusive, en el Departamento de Santa Cruz, no querían que entre ningún profesional. Hemos empezado a debatir, a avanzar, y en el 99

dijimos “De una vez”. El primer nombre fue ASP, “Asamblea por la Soberanía del Pueblo”, y el segundo fue IPSP, “Instrumento Político por la Soberanía del Pueblo”. Y la derecha, con instrucciones de la Embajada de Estados Unidos, nunca nos aprobaron. Era campeón de recaudar firmas, cumplir con las formalidades.

REDEA: Después se convirtió en un símbolo de la identidad de Latinoamérica, además usted está atravesando una cuestión bastante compleja donde hay muchos cambios de movimientos sociales y políticos que corresponden a una lógica contra el capitalismo. Tuvo la oportunidad de conocerlo a Eduardo Galeano, un escritor que lo cita muchas veces, y para parafrasear un poco su libro, ¿Usted cree que es momento de cerrar las venas abiertas de América Latina?

E.M.: Hay libros como “La revolución india de Bolivia”, “Manifiesto del Partido Indio de Bolivia”, “Cien años de invasión de Estados Unidos a Bolivia”, pero recuerdo, cuando en la escuela leí “La Revolución India” de Fausto Reinaga, ese libro me hizo dar cuenta como era la armonía en el mundo, como era la sociedad, ahí me di cuenta de la repartija del Imperio Norteamericano y Europeo en tiempos de la colonia... para reflexionar, para entender la situación social es importante.

REDEA: Que es problema del litio

E.M.: Tema litio... es otro tema; pero yo he sido convencido “este golpe es golpe al litio”. Dos cosas no nos han perdonado Estados Unidos. Si ustedes escuchan, durante tantos encuentros... hemos demostrado sin el Fondo Monetario Internacional, sin el Banco Mundial, y por lo tanto sin el sistema capitalista norteamericano que hemos avanzado hacia otro mundo posible, inclusive económicamente, ha bajado la pobreza, la desigualdad, ha aumentado la esperanza de vida... tantos datos. Cuando llegamos al gobierno: PIB: 9 mil millones de dólares. Yo digo “Desde 1825 hasta el 2005 nos dejaron con 9 mil millones de dólares del PIB”. Para el año pasado, diciembre del 2019, o 18, 40 mil 800 millones de dólares del PIB. ¿Cómo

podés entender eso? ... ¿En Bolivia que hicimos?... ya vamos a empezar a sustituir la importación, y nos han propuesto la industrialización del litio, este año está previsto inaugurar la primera gran planta de carbonato de litio, con la capacidad de 350 mil toneladas. En el programa de 41 plantas, tenemos 2 plantas más, 3 plantas de carbonato de litio, de hidróxido de litio. Ya tenemos una planta piloto de material de litio. China entró, entró Alemania; dije yo “sin Estados Unidos” ... la brecha con Estados Unidos ¿Cómo es el tema energético en el Siglo 21? ...eso no nos perdonó. Pero ¿Qué hemos propuesto para llegar al gobierno? 3 cosas sencillas: en lo político: la refundación de Bolivia; en lo económico y en lo social: la redistribución de las riquezas. Lo más difícil ha sido la refundación, sufrimos 3 años. Con la nueva constitución dejamos el estado colonial para tener un Estado Plurinacional, todos tienen los mismos derechos, sobre todo los más marginados, en el sector indígena, las mujeres de distintas clases sociales. En lo económico ha sido sencillo porque dependía del decreto: Decreto Supremo de Nacionalización..., y los resultados, por ejemplo, en casi 20 años del gobierno neoliberales, ¿Cuánto fue la renta petrolera? 3 mil millones de dólares ¿Y con nuestra gestión, desde el 2006 al 2018? 38 mil millones de dólares. Hemos diversificado la parte productiva. Y el tema de la redistribución de riquezas, en su proceso que viene de los más humildes, de la gente pobre.

REDEA: Una pregunta vinculada con lo jurídico es, ustedes utilizaron una herramienta jurídica como es la Constitución, el proceso constituyente, tuvieron un proceso histórico largo para sancionarla, con diferentes obstáculos, y lo que le quiero preguntar es, la luz del resultado, que vemos un golpe de la derecha contra un gobierno popular, democrático, constitucional, con logros económicos, con logros culturales, con redistribución, ¿Repensaron la opción institucional o están conformes con la vida democrática institucional? Porque se replicó un poco la historia de Chile con Allende, que fue una revolución a partir de una elección democrática que termina con un golpe de estado. Estamos viendo una historia que se repite: una revolución

democrática con éxitos económicos pero que termina con un golpe de Estado.

E.M.: Yo creo que va a ser motivo de estudio ver pasa en Bolivia. Generalmente se siente y se hace que las sublevaciones, las rebeliones es contra Estados, Estados sin clases, un Estado impostor, pero es totalmente diferente. A mi, también me ha sorprendido, en nuestro caso hay mucha confianza. Hemos derrotado varios golpes, en 2008 derrotamos un golpe de estado, en 2011 otro golpe de estado, porque mucha gente estuvo militando “Villaroel, Villaroel” cerca de la Plaza Molina. A Villaroel lo colgaron en la década del 40. Dos semanas de paro, la policía marchaba quemando calle cada día. Varios golpes derrotamos. La marcha de los discapacitados financiados por la derecha. Y como somos expertos para derrotar golpes, igualmente nos preguntamos con Álvaro, Vicepresidente, “No, hay que aguantar, una semana, dos semanas, se va a caer. Cuando crece, crece, crece; pero... bien organizados y financiados”, eso nos ha sorprendido. No solo nuestro gobierno, también nuestro movimiento social ¿Por qué comento esto? Porque evidentemente con tantos movimientos sociales, con tantos resultados ¿Cómo podría haber un golpe? Yo diría “el imperio no duerme”, está pensando cómo, donde y cuando atacar y cuando el imperio muere, no suelta. Ahora si tenemos un gran desafío. Post elecciones, no teníamos un plan B para enfrentar el golpe, repito “muy confiados”. Mientras que en otros países, la sublevación son contra el modelo capitalista, en Chile tantas movilizaciones, Colombia, Ecuador, la democracia que se están recuperando como en Argentina. Nos preguntamos “no estamos en tiempos... en aquellos tiempos, así como con Correa, con Chávez, con Lula, con Kirchner... de eso bajamos; y las obras, legados de esos tiempos han sido sepultados. Pero aquí, pienso en Bolivia porque esto es sublevación de la derecha fascista racistas, esos se oponen. Quiero comentarles, con el tema de campaña estaba en Santa Cruz y el consejo me pide reuniones, distintos sectores sociales vienen movimiento de jóvenes, hijos de clase alta, clase media alta, y yo le dije

“tienen que hacer lo que hace Salvatierra, nuestra Senadora joven, Adriana Salvatierra, hagan política como Salvatierra”. Yo siento que allí está el resentimiento de algunos grupos sociales, y que algunos sectores sociales se han sentido desplazados por gente que históricamente nunca hizo política, y también nuestra misma gente, cerca de 3 millones sacamos de la pobreza, pasando a la clase media, ellos tienen otras expectativas, y el problema es la comunicación permanente o la formación ideológica, cuando ya tiene más plata se olvidan de donde vienen. Repito, va a ser motivo de estudio, pero algo quiero que sepan, en nuestra constitución están los derechos colectivos, y hemos empezado a universalizar muchos derechos. Con el tema de comunicación, cuando llegamos, Entel Movil estaba en apenas 70 Municipios, Bolivia tiene 340 Municipios. Nacionalizamos y llegamos a todos los Municipios: internet, luz, agua, con el programa “Mi Agua”. Yo creé un programa llamado “Bolivia Cambio”, hicimos escuelas de primer campo, en los barrios, y con mejor equipamiento y tecnología para los laboratorios. Ahí vamos a empezar a universalizar los derechos. La diferencia, también, que tenemos con la derecha es en educación y servicio, para nosotros es derecho; los servicios básicos: agua, luz, telecomunicación; para la derecha es negocio privado. Para nosotros es un servicio del estado, no es privado. Quiero que sepan, de 1825 hasta el 2005 hubo un presidente promedio cada dos años. Yo estaba soldado, en el 78, ese año conocí tres presidentes, en el año 79, otros 3, 4 presidentes. Cinco años antes de que llegara al gobierno, 5 presidentes...

REDEA: Y en esa época, ¿Los golpes también eran producto por los recursos naturales?

E.M.: La lucha de la humanidad, del planeta, es ¿quién controla los recursos naturales? Y no sé si en toda América, ustedes saben que durante la colonia intentaron el exterminio del grupo indígena. Y algunos países como Perú, Ecuador, Guatemala, México, Bolivia; en Bolivia la mayoría seguimos siendo indígenas. Esa es una lucha de clases. Después los gobiernos

liberales, implementaban una política del saqueo que viene del imperio europeo... vienen las dictaduras militares, cuando empezaron las sublevaciones. Las primeras sublevaciones, para la fundación de las repúblicas; las segundas sublevaciones por los recursos naturales ¿Qué dijimos? De la resistencia a la toma del poder, ¿Hasta cuando?... 500 años de resistencia, ¿otros 500 años de resistencia? Decidimos entonces cómo organizarnos para ir a la toma del poder, y lo íbamos a cumplir. Nosotros nos preguntábamos “¿hasta cuándo desde arriba, los de afuera, nos van a gobernar?”, nosotros tenemos que gobernarlos.

REDEA: ¿Y ya tienen quien va a ser su candidato del MAS? ¿Ya tienen su nombre o se va a presentar usted?

E.M.: Estará el 19 de este mes

REDEA: Una primicia...

E.M.: Yo no lo sé todavía.

REDEA: ¿Y no le temen al fraude?

E.M.: Esa es nuestra gran duda, estamos debatiendo... Yo siento que la embajada debe tener infiltrado en el grupo. Cada vez estamos 5 de la mañana, 6 de la mañana, en reuniones debatiendo sistemas, y ahora protestando, Estados Unidos contra el gobierno de Argentina. Entonces me da miedo, que es el perjuicio, molestia. Argentina, los argentinos van a decir “Bolivia es justamente para hacer campaña”. Un momento yo pensé “acabo mi gestión, me dedico a mi vida personal, familiar, voy a hacer mi restaurante en Chapare, pescado tambaqui, vengan a visitar ustedes, voy a comenzar a trabajar en mi chacra..., y ahora como me han hecho golpe..., mientras tenga la vida vamos a hacer política, pero una política con consciencia de servicio.

REDEA: Para ir cerrando, y agradeciéndole además este encuentro Sr. Presidente, ¿Cuál es su mirada hacia el futuro de su patria, de Bolivia, y su futuro personal y político? ¿Qué es lo que espera de acá al futuro?

E.M.: Esperamos que las elecciones sean libres y transparentes. Acá hay refugiados, perseguidos, hay encarcelados por terrorismo, por sedición; algunas víctimas de las dictaduras militares, viejitos todavía, ¿Qué dicen? “Estamos viviendo peor que la dictadura militar. Si no hay represión hasta el momento, por ahí hay una persecución”. Somos un Estado Plurinacional, tenemos derechos a usar pollera, otros son indígenas, ¿Cómo vamos a entender? si en 13 años hemos demostrado que Bolivia tiene mucho futuro, mucha esperanza; eso quería debatir personalmente, con mucho orgullo, para acabar con el fascismo y el racismo.

REDEA: ¿Cómo cree que lo juzgara la historia muchos años después, la pluma de los historiadores como cree que lo van a recordar?

E.M.: No sé...espero que me recuerden por el esfuerzo, yo no conocía sábado ni domingo, no conozco feriados, no conozco vacaciones. Algunos me preguntaban “¿Cuándo vacaciones?” la mejor satisfacción para mi es la gestión. Entonces, más allá de lo que puedan decir el día de mañana, nuestro gran desafío hoy es recobrar la democracia.

REDEA: Bueno, estamos muy agradecidos. Estamos también contentos de que haya elegido nuestro país para residir en esta situación tan difícil, siéntase como en su casa.

E.M.: Muchas gracias

MATERIAL DE CÁTEDRA



*Los hombres como yo, deben morirse
aferrados al ser de la resina.*

R. T. SPERONI

Moriré en mi cuna,
la cuna de mi padre,
y comeré únicamente
aquello que ya ha perdido
significado.
Me acompañarán cuarenta,
y aunque desaparezcan
en el polvo de la arena
seguirán ahí,
ocultos,
entre muerte y muerte.
Nuestra sed es libertad,
fue mosca furiosa,
fue langosta hambrienta,
fue bestia salvaje
y manchará con sangre
los comienzos de nuestra vida
y despedirá al mar
como me despido hoy
de mi piel y sangre
y pene y lengua y ojos.
No hay sentido en la pérdida,

así que jamás sanarán mis
cicatrices.
Pero yo sé;
moriré sediento,
y jamás mis raíces,
aquellas que nunca me
quisieron
y que nunca quise
llegarán a su salvación.
Pero si sus frutos,
aunque yo nunca madure,
fuesen a nacer de la arena,
lo aseguro:
entre vida y vida
seguirán libres
y morirán esclavos solamente
de sus incestos
y de sus dioses.

Autor: *Ezequiel Iriarte*

Introducción al estudio de la Historia Constitucional

Introduction to the study of Constitutional History

Guillermo Raúl Moreno¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 de junio a 20 de septiembre), 867-897

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e447>

Recibido: 22/04/2020

Aprobado: 19/06/2020

I. Historia. Historia Constitucional, Ciencia Política y Derecho Constitucional

I.1. Historia

A la “historia” se la ha definido de múltiples maneras desde los tiempos más lejanos, pero seguramente todas esas posibles definiciones coincidirán en que estamos en presencia de un tipo de investigación sobre hechos ocurridos en el pasado. Pues, ya desde muy antiguo el término fue utilizado como sinónimo de “narración de los hechos humanos”.

El hombre, el *homo sapiens* (del latín, “hombre sabio” u “hombre que piensa”) es de muy reciente aparición en la tierra si lo comparamos con el milagro del surgimiento de la vida en nuestro planeta.

Hace unos 3800 millones de años, determinadas moléculas se combinaron para formar estructuras más grandes y complejas

¹ Profesor de Historia Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Contacto: guillermoraulmoreno@yahoo.com.ar (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6334-659X>).

llamadas organismos. Luego de una maravillosa transformación de miles de millones de años, apareceremos nosotros, los seres humanos (solamente 300 mil años atrás), para disfrutar de la fabulosa herencia que nos ofrece la tierra.²

Si nos comparamos con las otras especies que habitan nuestro planeta, veremos que somos extremadamente frágiles. Nuestras limitaciones son enormes: imposibilidad de una vida extrauterina durante los primeros años de vida sin ayuda de otros seres, escasa fuerza física, imposibilidad de volar o permanecer bajo el agua, etc.

Pero la sabiduría del hombre estuvo siempre en haber intuido sus flaquezas y sus limitaciones. Procurará en otros animales la fuerza que la naturaleza no le dio, y así descubrirá nuevos territorios e infinitas posibilidades de conseguir el sustento diario para él y su prole.

El hombre siempre ha sido un animal social, su espíritu gregario hizo que se uniera con otros ejemplares de su especie para el logro de fines comunes. Desde sus más remotos orígenes tuvo curiosidad de saber que había ocurrido en su comunidad antes de su propia existencia. Preguntó a sus mayores, investigó sobre vestigios que pudieron haber dejado sus antepasados, en fin, indagó sobre sus orígenes y el de su comunidad. Así nacerá la “historia”.

Se suele considerar como el “padre de la historia” a Heródoto (pensador de la antigua Grecia que vivió entre los años 484 y 424 a.c.) a partir de su recordada obra “Historia” donde narraba, con cierta precisión, las guerras entre Grecia y Persia con especial atención a ciertos aspectos de los pueblos involucrados en la contienda. Continuará dicha tarea su discípulo Tucídides, pero con una cuota de mayor rigurosidad en la recolección y análisis de las fuentes.

Henri Marrou, uno de los grandes historiadores que dio el siglo XX, definió a la “historia” de una manera muy clara y

² Ampliar en HARARI, Yuval Noah, *De animales a dioses, Breve historia de la humanidad*, Ros Joandomènec (trad.), Buenos Aires, Debate, 2019, 493 p. ISBN: 978-987-3752-13-1

sencilla (hecho usual en las mentes elevadas, explicar algo complejo de manera sencilla). Para él, la historia es el conocimiento del pasado humano.³

En razón de todo lo hasta aquí expuesto, nos atrevemos a ensayar una suerte de definición general del término “historia”, al que identificamos como aquella ciencia social encargada del estudio y el relato de los acontecimientos ocurridos en el pasado de la humanidad.

A esta altura podríamos preguntarnos... ¿para que sirve la historia? (si es que sirve de algo). En primer lugar, como ya lo hemos dicho anteriormente, la historia satisface la necesidad de los seres humanos de conocer el pasado de su especie y así tratar de explicar el origen del tiempo actual en el que vive. Pero además de ello, y como una especie de conclusión final, estamos convencidos que conocer el pasado nos dará una abundancia de elementos que nos permitirán desarrollar nuestro juicio y direccionar la voluntad. No olvidemos que, como en todos los órdenes de la vida, tener experiencia sobre algo, nos hará más prudentes (para una próxima vez) y más sabios (para siempre).

1.2. Historia Constitucional

Si tomamos los dos términos que componen la denominación de nuestra asignatura: “historia” y “Constitución”, podría inducirnos a pensar que el contenido de la misma se refiere solo a la “historia de la Constitución”. Esa mirada tendría un alcance muy limitado y desactualizado de la disciplina.

Ello es así, toda vez que la Historia Constitucional se aboca al estudio de todo el proceso histórico vinculado a la organización política e institucional de un Estado. Así, en nuestro país, podríamos dividir ese proceso histórico en dos etapas diferenciadas: la primera que se extiende desde los inicios de la conquista en América a fines del Siglo XV hasta 1853, año en

³ MARROU, Henri, *El Conocimiento Histórico*, Le Seuil, París, 1954, p.23.

que se sancionó y entró en vigencia la Constitución Nacional, y una segunda etapa, desde ese año hasta nuestros días.⁴

En esa primera etapa podríamos incluir al estudio de: las instituciones de la dominación hispánica; el movimiento emancipador y sus fundamentos doctrinarios; las primeras autoridades patrias; todos los reglamentos, estatutos, pactos; los proyectos constitucionales; las Asambleas y Congresos convocados; las constituciones malogradas que no llegaron a entrar en vigencia⁵, los diferentes enfrentamientos que, desde los primeros años, postularon posiciones antagónicas sobre la forma de organizar el Estado, los caudillos, los conflictos internacionales que debimos afrontar y sus consecuencias; entre otros temas. En la segunda etapa, que comenzaría con el dictado de la Constitución Nacional en 1853, se podrían mencionar: las diferentes reformas constitucionales, los grandes pactos que terminaron de consolidar la unión nacional, las presidencias fundacionales; la federalización de Buenos Aires; el surgimiento de los primeros partidos políticos; la conquista de los derechos políticos, los gobiernos de facto, la incorporación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, etc.

En fin, como se puede apreciar, nuestra materia es mucho más que “la historia de la Constitución”. Esa mirada integral que hoy nos proponemos al iniciar el estudio de nuestra asignatura, nos dará herramientas para comprender, desde una perspectiva amplia e interdisciplinaria, como surgieron nuestras instituciones locales y los contextos políticos, económicos y sociales que rodearon esos acontecimientos.

Por lo tanto, entendemos a la Historia Constitucional como el estudio de todo el proceso histórico-político referido a la génesis, desarrollo y funcionamiento institucional de nuestro Estado.

⁴ Esta división de la materia en dos etapas fue postulada en su momento por RAVIGNANI, Emilio, *Prenociones para el estudio de la historia constitucional de la República Argentina*, Buenos Aires, Peuser, 1930.

⁵ Como lo fueron la Constitución de 1819 y la de 1826.

1.3. Ciencia Política

La “política” es la actividad humana destinada a ordenar la vida social.⁶ Su origen debe ser buscado en las más lejanas y primitivas formas de convivencia humana, pues su objetivo será ordenar la vida en sociedad de los hombres.

Los pensadores griegos de la antigüedad detuvieron su atención en el estudio de la política, a la que identificaban con la organización y funcionamiento de la “polis”, la ciudad-estado, (del término “polis” deriva la palabra “política”). Según Aristóteles, partiendo del instinto social del hombre, consideraba al ser humano como un “animal político”, el que solo alcanzaba su plenitud en la *polis*. Pues, a su juicio, solo un Dios o una bestia podrían tener existencia fuera de esa realidad.⁷

Por su parte, la “ciencia política” se nos presenta como aquella disciplina, enrolada en las ciencias sociales, que tiene por objeto el estudio de las formas de organización y gobierno de las comunidades humanas, las instituciones, doctrinas, hechos y acontecimientos vinculados a las relaciones de poder.⁸

Si nos detenemos a pensar acerca de los vínculos entre la ciencia política y la historia constitucional, veremos de inmediato muchos puntos en común. No debemos olvidar que la formación institucional de la Argentina se nos presenta como el resultado de un complejo y arduo proceso histórico de marchas y contramarchas durante sus primeros cincuenta años de vida independiente.⁹

Como en casi todas las naciones, en nuestro país, la reflexión sobre la política es tan antigua como los conflictos políticos

⁶ Ver FAYT, Carlos S, *Derecho Político*, 6ª Edición Inalterada, Buenos Aires, Depalma, 1985, 392 p., ISBN 950-14-0277-0, T. I, p. 9.

⁷ ARISTÓTELES, *Política*, 1ª edición, Buenos Aires, Centro Editor Cultura, 2005, 240 p., ISBN 950-898-086-9, Libro I, Cap. 1, p.13.

⁸ FAYT, Carlos S, op. cit., p. 13.

⁹ Ver MORENO, Guillermo Raúl, *La Asamblea del año XIII. Artigas y el surgimiento del federalismo en el Río de La Plata*, Derechos En Acción, 9(9). <https://doi.org/10.24215/25251678e215>

mismos. La crisis de legitimidad en España con la invasión napoleónica y el confinamiento del Rey Fernando VII, las guerras de independencia, los primeros estatutos, reglamentos y ensayos que intentaron organizar el nacimiento del nuevo Estado, y los largos años de disputa por la organización constitucional dieron lugar a encendidas polémicas sobre los fundamentos del orden político.¹⁰

1.4. Derecho Constitucional

En cuanto a la definición del “derecho constitucional”, no será sencillo encontrar un único concepto que abarque la posición de todos los autores que se han propuesto definirlo.

Para la doctrina clásica o tradicional, el derecho constitucional será, sin más, la disciplina jurídica referida al estudio de las constituciones. En ese sentido se pronunció uno de los primeros y más conocidos constitucionalistas de nuestro país, Joaquín V. González, en su recordada obra “Manual de la Constitución Argentina”, publicada a fines del Siglo XIX.¹¹

Un enfoque más moderno y actualizado del derecho constitucional, no podría limitarse solo al estudio de los textos constitucionales. De allí que hoy en día se lo identifique, no solo con la Constitución, sino con todo el sistema de normas y principios que deben regir a un Estado de Derecho¹² y que procuren el amparo de la libertad y la dignidad de todo ser humano.¹³

¹⁰ LEIRA, Marcelo, ABAL MEDINA, Juan Manuel y D’ALESSANDRO, Martín, *La ciencia política en Argentina: el camino de la institucionalización dentro y fuera de las aulas universitarias*, Revista de Ciencia Política / Volumen 25 / N° 1 / 2005 / 76 – 91.

¹¹ GONZALEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía. Editores 1897, ps 15 y ss.

¹² Por su parte, Bielsa define al derecho constitucional como “la parte del derecho público que regula el sistema de gobierno, la formación de los poderes públicos, su estructura y atribuciones, y las declaraciones, derechos y garantías de los habitantes”. BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, 2ª edición aumentada, Buenos Aires, Depalma, 1954, 703 p, p. 43.

¹³ Como señala Linares Quintana, “El derecho constitucional es el derecho de la Constitución y de las instituciones políticas, estén o no en aquella”, continúa, “si la concepción

El derecho constitucional es la base de todas las demás especialidades jurídicas. El maestro Ferreyra nos invita a reflexionar sobre este punto con una interesante comparación: Si pensáramos a todo el derecho como un árbol, sus raíces serían la Constitución, su tronco sería el derecho constitucional, y las ramas que nacen de su tronco, cada una de las disciplinas jurídicas o especialidades (derecho civil, derecho penal, derecho administrativo, etc.).¹⁴

El derecho constitucional, como disciplina autónoma, comenzó a ser enseñado poco después de la aparición de las primeras constituciones escritas de finales del siglo XVIII.¹⁵ Fue por entonces que quedaron establecidas las primeras cátedras en Italia (universidades de Ferrara, Bolonia y Parma).¹⁶

En nuestro país, la primera cátedra de derecho constitucional surgió en la Universidad de Córdoba en 1834, a cargo de Santiago Derqui (quien años más tarde, en 1860, llegará a ser presidente de la Nación).¹⁷

¿Cómo se vinculan entonces la Historia Constitucional con el Derecho Constitucional? Pues, creemos que aquella,

estricta y tradicional, que llegó a prevalecer durante muchos años, circunscribía el ámbito de la disciplina nada más que al contenido de formal de la Constitución, hoy es generalizada la idea de que el derecho constitucional rebasa ampliamente el contorno de la ley fundamental de un país. ...". LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2ª Edición, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1977, 503 p., T 2, p. 279.

¹⁴ Ver FERREYRA, Raúl Gustavo, *Fundamentos Constitucionales*, 2ª edición, Buenos Aires, Ediar, 2015, 568 p., ISBN 978-950-574-3331-5, p.187.

¹⁵ Apunta Fuentes que, el estudio del derecho constitucional que se funda en el de las tradiciones de los Estados y en sus constituciones escritas es de tanta y tan elevada importancia que no solo debieran cultivarlo el publicista, el juriconsulto y todos los que aspiran a servir a su país en la legislatura, en el orden judicial, en la administración y la enseñanza del derecho, sino todo ciudadano a quien le sea posible. FUENTES, Manuel Atanasio, *Derecho constitucional filosófico*, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2018, p. 53.

¹⁶ Ampliar en RAMELLA, Pablo A., *Derecho Constitucional*, 3ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1986, 829 p., ISBN 950-43-0551-2, p. 1.

¹⁷ Ver en TANZI, Héctor José, *La enseñanza del derecho constitucional en la Facultad de Buenos Aires*, Academia. Revista sobre la enseñanza del derecho, Año 9, nro. 17, 2011.

al acercarnos a los contextos político-sociales de un tiempo determinado, nos permitirá la plena comprensión del derecho constitucional vigente.¹⁸

II. Historiografía. Historiografía argentina. Diferentes corrientes

El término “historiografía” se identifica, en su acepción primaria, con el “arte de escribir correctamente la historia”.¹⁹, es decir, con la manera en que se ha escrito la historia. De allí que se la identifique con el conjunto de técnicas y teorías relacionadas con las formas de interpretar y difundir la historia.

A su vez, la reconstrucción histórica se basará en una disciplina de suma importancia para el logro de sus objetivos como es la *heurística*, relacionada con las técnicas de hallazgo, acumulación y ordenamiento de testimonios, documentos y objetos materiales que den cuenta de la veracidad de los hechos pasados. La heurística perseguirá entonces, la transformación de los testimonios en fuentes históricas.

Las diferentes corrientes historiográficas surgirán a partir de las diversas interpretaciones de los hechos del pasado, como así también de las distintas, y a veces opuestas, formas de narrar o difundir ese conocimiento. Ello es así por la sencilla razón que los historiadores tienen, y han tenido siempre, diferentes posturas ideológicas a la hora de llevar adelante sus investigaciones y darlas a conocer.

En nuestro país, surgirán una gran variedad de corrientes historiográficas a partir de las distintas interpretaciones ensayadas sobre los hechos y procesos de nuestro pasado como

¹⁸ Sobre la relación entre Historia Constitucional y Derecho Constitucional, nos pareció muy enriquecedor acceder a la entrevista al Profesor Alemán E-W. BÖCKENFÖRDE, llevada a cabo y traducida por Benito ALAEZ CORRAL en la Revista “Historia Constitucional”, n. 5, 2004. <http://hc.rediris.es/05/indice.html>

¹⁹ Así lo hace, al aludir a Tomás Campanella, GALLETI, Alfredo, *Historia Constitucional Argentina*, 1ª edición, La Plata, Librería Editora Platense, 1987, 670 p., ISBN 950-536-027-4, T. 1, p. 33.

Nación. Con el objeto de no excedernos sobre los límites de nuestro trabajo, pasaremos a mencionar a solo dos de ellas que, por sus características propias, son representativas de visiones antagónicas sobre la historia argentina. La “historia oficial” y el “revisionismo histórico”. Veamos.

La “historia oficial”, también llamada “liberal” o “mitrista”²⁰ será la historia que nos ofrece una visión de nuestro pasado desde la óptica de una clase dominante, de aquellas elites representativas de los intereses de estancieros, terratenientes y grandes comerciantes. Será “oficial” ya que se enseñó, durante más de un siglo, en nuestros establecimientos de enseñanza de todos los niveles, estuvo presente en discursos y en actos oficiales, sus próceres son reconocidos por sus nombres en ciudades, calles, avenidas y plazas públicas de todo el país. Tuvo, en general, una concepción elitista y antipopular, posó su mirada (de admiración) en Europa y dio la espalda a la Argentina profunda y a sus verdaderas realidades. Desde esta concepción, los caudillos y lo que ellos representaban (las clases populares) significaron atraso, ignorancia y barbarie.

Como fiel exponente de la “historia oficial” podemos nombrar a Bartolomé Mitre (1821-1906), a quien se lo identifica con el nacimiento de esta corriente historiográfica (de allí que también se la conozca como “historia mitrista”). Sus dos obras más conocidas darán el puntapié inicial para esta corriente: “Historia de Belgrano y la independencia argentina” (publicada por primera vez en su versión completa en 1876) e “Historia de San Martín y la emancipación sudamericana” (1877). Asimismo, se puede mencionar como otro autor representativo de la “historia oficial” a Vicente Fidel López (1815-1903), quien publicó, entre otras obras, “Introducción a la historia de la revolución argentina” (1861) e “Historia de la República Argentina” (de 10 tomos, entre 1883 y 1893).

²⁰ En este tema acudimos al trabajo de GALASSO, Norberto, *De la historia oficial al revisionismo rosista. Corrientes historiográficas en Argentina*, publicado en Cuadernos para la otra historia, Centro Cultural Enrique Santos Discépolo, Buenos Aires, 2004.

En contraposición a la historia oficial, el “revisionismo histórico” aportará un discurso y una visión nacionalista y popular de la historia argentina. Destacará las figuras de los caudillos y la importancia del federalismo en las luchas civiles por la organización nacional. El surgimiento de esta corriente historiográfica llegará de la mano de algunos autores que, si bien enrolados en la historia oficial, tuvieron algunas inquietudes nacionalistas en sus investigaciones. Es el caso, por ejemplo, de Adolfo Saldías (1850/1914), quien se dedicó a estudiar la época de Rosas.²¹ Como resultado de esas investigaciones publicó su obra “Historia de la Confederación Argentina”, la que tendrá una nueva visión sobre aquel período histórico. Así, Saldías dejará el camino allanado para que luego otros autores continúen con lo que luego se conoció como el “revisionismo histórico”. Dentro de esta corriente historiográfica se suelen mencionar a Ernesto Palacio (1900-1979); Raúl Scalabrini Ortiz (1898-1959); Arturo Jauretche (1901-1974); José María Rosa (1906-1991), entre otros.

III. El Constitucionalismo. Concepto. Postulados. Etapas

III.1. El Constitucionalismo

Compartimos la opinión que identifica al “constitucionalismo” con el proceso histórico a través del cual se van incorporando a las leyes supremas de los Estados disposiciones tendientes a proteger los derechos fundamentales del ser humano y limitar razonablemente el poder público.²²

²¹ Saldías logró acceder para sus investigaciones al archivo personal de Rosas, el que luego de su muerte, quedara en la casa de su hija Manuelita en la ciudad de Londres. Nos cuenta José María Rosa, al escribir el prólogo de la edición de la *Historia de la Confederación de Adolfo Saldías* de 1967 (Editorial Juan Carlos Granda) que “la noche de Caseros, la gran preocupación del vencido había sido salvar sus papeles, como si comprendiera que los vencedores los darían fuego para rehacer la historia con absoluta impunidad. En varios cajones lo hizo llevar -su único tesoro- a la legación inglesa de la calle Defensa, y de allí al *Conflic*, donde marchó al exilio. Había cuidado esos papeles con veneración...”. SALDIAS, Adolfo, *Historia de la Confederación Argentina*, Editorial Juan Carlos Granda, Buenos Aires, 1967, T. 1, p. XXII.

²² En este tema (el constitucionalismo) nos ayudó a pensar la obra del profesor Adolfo Gabino Ziulu, a quien, agradecidos, recurrimos para el desarrollo y análisis que aquí efectuamos.

El constitucionalismo (o movimiento constitucionalista) surgirá a partir del Siglo XVIII, y tendrá entre sus objetivos y postulados: establecer en cada Estado un documento normativo escrito (la Constitución), con supremacía jurídica, que organice el funcionamiento racional de los poderes y a la vez reconozca y tutele los derechos y garantías de sus habitantes.

Como todo proceso histórico, atravesó distintas etapas a lo largo de su evolución en el tiempo. Hay quienes sostienen que el constitucionalismo comprende toda la historia de la humanidad, ya que no deja de reflejar la verdadera historia del hombre en su lucha por la libertad.

Los distintos períodos en la evolución del constitucionalismo pueden ser resumidos en las siguientes etapas:

- 1) Antecedentes
- 2) Constitucionalismo liberal
- 3) Difusión del constitucionalismo liberal
- 4) Crisis del constitucionalismo liberal
- 5) Constitucionalismo social
- 6) Constitucionalismo actual.

1) Antecedentes

Esta etapa abarca el extenso período anterior al advenimiento de las primeras grandes constituciones de finales del siglo XVIII.

Allí encontraremos las primeras e incipientes normas de organización de la antigüedad (como el “Código de Hammurabi”²³ del año 1750 a.c., o las “Leyes de Manu”²⁴, siglo II a.c.).

ZIULU, Adolfo Gabino, *Derecho Constitucional*, 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, 944 p., ISBN 978-950-20-2585-8.

²³ Fue un conjunto de normas, las más antiguas que se han encontrado, y llevan el nombre del Rey de Babilonia que mandó a dictar el código.

²⁴ Texto de la antigua India con algunas reglas de conducta que debían ser aplicados por los individuos.

También ubicaremos en este período algunos documentos aparecidos durante el feudalismo, como los “fueros españoles”²⁵ o la “Carta Magna”. Esta última, rubricada por el Rey Juan sin Tierra en Inglaterra en el año 1215, y que de alguna manera limitó ciertas potestades del Monarca (en especial la de crear impuestos sin el consentimiento de los barones y los eclesiásticos), adquirió tal importancia, que el término comenzó a ser utilizado como sinónimo de “constitución”.

Mas tarde, aparecerán dos conocidos documentos en el Siglo XVII: el *Agreement of the People* o “Pacto popular”²⁶ (1647) y el *Instrument of Government* o “instrumento de Gobierno”²⁷ (1653), importantes antecedentes del constitucionalismo norteamericano.

2) *Constitucionalismo liberal*

Surgió en la segunda mitad del Siglo XVIII, a partir de las grandes revoluciones de la época: la Norteamericana de 1776 y la Francesa de 1789. Con él quedarán establecidos los cimientos del Estado constitucional.

Este periodo dejará como legado la necesidad del pueblo, en tanto titular de la soberanía, de darse una Constitución, con jerarquía de Ley Suprema, escrita, codificada y sistémica.

Comentando sobre las características del constitucionalismo liberal, también llamado “constitucionalismo clásico”, tuvimos

²⁵ Los fueros constituían estatutos jurídicos otorgados por el Rey a un grupo de vasallos. De alguna manera representaron las primeras limitaciones al poder real de los monarcas. Se pueden mencionar los fueros de León (1020); Burgos (1073); de Aragón (1283), entre otros.

²⁶ Elaborado en Inglaterra, buscaba “proteger mediante un documento escrito que fuera norma suprema (“paramount law”), los derechos y libertades fundamentales de los ingleses, así como el entramado institucional y democrático en el que podrían hacerse valer”. Ampliar en CUEVA FERNANDEZ, Ricardo, *Los “agreements of the people” y los levellers: la lucha por un nuevo modelo político en la Inglaterra de mediados del siglo XVII*, en Historia Constitucional (revista electrónica), n. 9, 2008. <http://hc.rediris.es/09/index.html>

²⁷ En este documento, de efímera vigencia (rigió solo cuatro años) aparecerán delimitados las funciones de cada uno de los órganos de gobierno y se resguardarán los derechos fundamentales del pueblo del Inglaterra, Escocia e Irlanda.

oportunidad de afirmar que el mismo tuvo como una de sus principales preocupaciones la defensa de la libertad del hombre frente a las formas de organización política propias del absolutismo. Los textos constitucionales de esta etapa se propusieron proteger los “derechos individuales” frente a un Estado que se comprometía a no violarlos, a no impedir su goce, ni a interferir en el ejercicio de los mismos. Las “constituciones liberales” organizaron “Estados liberales”, diseñados para abstenerse de intervenir en las relaciones económicas-sociales (Estados gendarmes).²⁸

Las primeras constituciones que respondieron a las características antes señaladas, con valor positivo, plena vigencia y eficacia, serán las que se dieron las colonias inglesas radicadas en el Norte de América durante el movimiento emancipador que concluyó con la declaración de independencia de 1776.²⁹

La Constitución de los Estados Unidos será sancionada en 1787 en la ciudad de Filadelfia, entrando en vigencia el año siguiente al contar con la necesaria ratificación de un mínimo de nueve estados para que tuviese vigor. Durante ese breve tiempo se publicará “El Federalista”, un compendio de varios artículos de opinión favorables a la ratificación del nuevo texto constitucional. Se trata de una obra clásica en la materia y de enorme difusión cuya autoría pertenece a Hamilton, Madison y Jay.³⁰

La constitución norteamericana se componía de tan solo siete artículos y no contaba con una declaración de derechos. (omisión suplida luego con las primeras enmiendas sancionadas en 1789)³¹. El valor de este texto constitucional es innegable,

²⁸ MORENO, Guillermo Raúl, *Textos Completos de la Constitución Nacional y de la Provincia de Buenos Aires de 1949*, 1ª edición, La Plata, Edulp, 2005, 100 p., ISBN 950-34-0345-6, p. 11.

²⁹ Para la exposición de este punto referido al constitucionalismo surgido de la revolución norteamericana, acudimos en ayuda a la obra de Linares Quintana, quien ha desarrollado una profunda investigación sobre el tema. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2ª edición, Buenos Aires, 1977, 462 p., Editorial Plus Ultra, T 1, p. 78.

³⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John, *El Federalista*, <http://libertad.org/media/El-Federalista.pdf>

³¹ Señala Montes de Oca que “...en la Constitución de los Estados Unidos, tal como la sancionó la Convención de 1787 y fue ratificada por los diversos Estados de la Unión, no

a tal punto que será modelo a seguir por muchos países del mundo, entre ellos, el nuestro.

Por su parte, la revolución francesa de 1789, hecho histórico sobresaliente en la historia occidental, generó un cambio abrupto y profundo en la Francia de entonces, pero sus efectos tuvieron una proyección universal³². El derrumbe aristocrático se hizo realidad, pues la revolución francesa rompió de manera violenta con el “antiguo régimen”.

La crítica situación económica, sumada a la debilidad del monarca Luis XVI, desembocaron en la convocatoria a los Estados Generales (equivalentes al parlamento) ausentes desde 1614. Allí estaban representados los tres sectores que componían la población: el clero, la nobleza y el estado llano (o tercer estado). A partir de ese momento, la agitación, el estallido y la extrema violencia se apoderaron de Francia. Bandas armadas tomaron por asalto la prisión oficial donde se alojaban detenidos sin proceso, llamada la Bastilla, símbolo del poder real.³³

Los diputados de los comunes, el “tercer estado”, se autoproclamó *Asamblea Nacional Constituyente* dictando la primera Constitución de Francia en 1791. La monarquía quedó abolida y el Rey Luis XVI es ejecutado en la guillotina en 1793.

Entre tanto, la Asamblea había aprobado la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” en 1789, como expresión más genuina del pensamiento ideológico de la revolución. En él se condensaron los derechos fundamentales

existía un Bill, y fue éste, precisamente, uno de los vicios más serios y más graves que los opositores al régimen que se creaba hicieron notar en la obra de la convención”. MONTES DE OCA, M.A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1917, 504 p., Tipo-Litografía “La Buenos Aires”, T I, p. 53.

³² A tal punto fue esto así, que como señala Hobsbawm, “Si la economía del mundo del siglo XIX se formó principalmente bajo la influencia de la Revolución industrial inglesa, su política e ideología se formaron principalmente bajo la influencia de la Revolución francesa. HOBBSAWM, Eric, *La Era de la Revolución. 1789-1848*, 6ª edición, Buenos Aires, Grupo Editorial Plantea, 2007, 344 p., ISBN 978-987-9317-14-3, p. 61.

³³ Ver en BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de Historia Política*, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Ediar, 1997, 345 p., ISBN 950-574-100-6, p.230.

del hombre, cualquiera sea su condición, edad o nacionalidad.³⁴ Este documento, que tendrá una amplia difusión en el mundo entero, bien podría ser la parte orgánica de cualquier constitución.³⁵ Compartimos la opinión de considerarla como la más importante de las declaraciones de derechos básicos, por lo menos hasta la de las Naciones Unidas de 1948, que se inspira en aquella. De hecho, ha sido tomada como modelo por la mayoría de las declaraciones posteriores hasta la actualidad.³⁶

3) *Difusión del constitucionalismo liberal*

La creencia en una constitución escrita como garantía de la libertad e instrumento de limitación al poder estatal, rápidamente se proyectó por todas las naciones del mundo a partir de los modelos de los Estados Unidos de Norteamérica y de Francia. De esa forma el constitucionalismo liberal entró en su etapa de difusión durante todo el siglo XIX.

Como ejemplo de este período se pueden mencionar: la Constitución de Cádiz, España, (1812); Noruega (1812); Bélgica (1831); Chile (1833), Perú (1823); Uruguay (1830), entre tantas otras.

La Constitución argentina sancionada por el Congreso de Santa Fe en 1853 también debe ser incluida en este período de difusión del constitucionalismo liberal. Su demora en ver la luz encuentra su fundamento en las luchas internas, protagonizadas por unitarios y federales, quienes pugnarón por imponer la forma de organización institucional.

³⁴ Comienza estableciendo en su primer artículo que “los hombres nacen libres e iguales en derechos...”.

³⁵ En ese sentido se pronuncia SANGUINETTI, Horacio, en *Historia de las ideas políticas universales y argentinas*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977, 308 p., p.131.

³⁶ Ver RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Manual de Historia del Derecho*, 1ª edición, Buenos Aires, Bogotá, Puerto Alegre, Astrea, 2016, 496 p., ISBN 978-987-706-130-7, p. 429.

4) *Crisis del constitucionalismo liberal*

Esta etapa del proceso histórico que hemos denominado constitucionalismo transcurre en la primera mitad del siglo XX, fundamentalmente entre la primera y la segunda guerra mundial. En efecto, durante ese período surgieron regímenes totalitarios en algunos países de Europa que significaron un verdadero retroceso en los principios y postulados del constitucionalismo.

En este momento de involución del constitucionalismo, al que también se lo suele denominar período de “desconstitucionalización”, aparecieron tendencias totalitarias y dictaduras de partidos negatorias de aquellos postulados elementales del derecho constitucional. Claro ejemplo de estas tendencias fueron la revolución rusa de 1917 (con el acceso del comunismo al poder); el advenimiento del “fascismo” con Benito Mussolini en Italia (1922); el “nacional-socialismo” en la Alemania de Adolf Hitler (1933), el “falangismo” español en cabeza del General Francisco Franco (1939) y el Estado totalitario portugués iniciado por la dictadura de Oliveira Salazar (1926).

5) *Constitucionalismo social*

Identificamos al “constitucionalismo social” con aquella etapa dentro del proceso histórico en el cual fueron incorporadas cláusulas de contenido económico y social en las leyes fundamentales de los estados.

El constitucionalismo social no derogó las conquistas obtenidas por el constitucionalismo liberal, por el contrario, vino a complementarlo con una mirada más humanitaria, haciendo foco en el hombre como ser vulnerable ante contingencias que muchas veces a lo largo de su vida se ve en la necesidad de enfrentar (necesidad de vivienda; condiciones dignas de trabajo; previsión social; acceso a la salud; alimentación adecuada; etc.) o como miembro de grupos desaventajados que requieren una tutela especial por parte del Estado (niños; ancianos; enfermos; discapacitados; etc.). Así, los derechos individuales,

consagrados por el constitucionalismo liberal, se vieron complementados por los derechos de contenido social.

Al hablar de los orígenes del constitucionalismo social, no podemos dejar de mencionar la incidencia que tuvo en su génesis y evolución la llamada “doctrina social de la iglesia”. La agudización de las consecuencias sociales de la revolución industrial se hicieron sentir en el Siglo XIX. Así, el proceso de industrialización, sumado a la veneración de la ideología liberal, comenzó a hacer estragos en la población más excluida: migraciones masivas del campo a la ciudad; concentraciones en centros urbanos en rededor de las fábricas, deficiencias sanitarias y habitacionales; condiciones indignas de trabajo; hacinamiento, crisis económicas, etc. De esta forma, la “cuestión social” pasó a ser una de las grandes preocupaciones de la Iglesia Católica, y dentro de sus filas se alzaron voces reclamando cambios en las condiciones de los más necesitados.

En este contexto aparecieron numerosos documentos pontificios referidos a temas políticos y sociales, mereciéndose destacar la encíclica *Rerum Novarum*³⁷ del Papa León XIII, dada a conocer en 1891³⁸. En ella se expuso la preocupante situación de los obreros y la necesidad de la intervención estatal en protección de los trabajadores, niños y mujeres.

Las primeras expresiones del constitucionalismo social surgirán en los inicios del Siglo XX con la sanción de la Constitución de México de 1917³⁹ y la Constitución de Weimar (Alemania) en 1919.

³⁷ Del latín “cosas nuevas”.

³⁸ Cuarenta años después, en 1931, el papa Pío XI conmemoró aquel acontecimiento con su encíclica *Quadragesimo anno*, continuando y profundizando la doctrina iniciada por León XIII. Otras encíclicas seguirán luego con el camino iniciado en esta doctrina: *Mater et magistra*, de Juan XXIII (1961); *centesimus annus*, de Juan Pablo II (1991), entre otras.

³⁹ Como señala el maestro Bonavides, el constitucionalismo social tendrá su certificado de nacimiento en el campo de la positividad a partir de la promulgación de la carta magna de México, de 1917. BONAVIDES, Paulo, *El carácter pionero de la Constitución de México de 1917*, Revista Derechos en Acción, Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 587-599.

Resulta necesario destacar que estas constituciones, como otras que luego seguirán el mismo camino, no hicieron más que jerarquizar los derechos sociales que ya existían a nivel infraconstitucional. Es decir, en esta etapa son ubicados en la cúspide del ordenamiento jurídico (la propia Constitución) derechos con contenido económico-social ya vigentes en legislaciones inferiores.⁴⁰

En nuestro país, las primeras apariciones de cláusulas constitucionales con contenido social se harán efectivas en el Derecho Público Provincial (San Juan 1927; Entre Ríos 1933, Santiago del Estero 1939, etc.)

En el orden federal, toda vez que la Constitución de 1853 se adscribe al constitucionalismo liberal⁴¹, no contó con este tipo de disposiciones (tampoco fueron incorporadas en sus posteriores reformas) hasta 1949, año en que la ley fundamental experimentó una profunda transformación en materia económica y social durante el primer gobierno del General Juan Domingo Perón.

6) *Constitucionalismo actual*

El nacimiento del constitucionalismo liberal a fines del siglo XVIII, y su expansión al mundo entero durante el siglo XIX, dio inicio a la lucha por la protección de los derechos civiles y políticos frente a posibles arbitrariedades de las autoridades públicas. Se trata de los denominados derechos de “primera generación”. (distintos tipos de libertades: de expresión, de entrar, permanecer, circular y salir del territorio, de religión, de peticionar a las autoridades, de ejercer toda industria lícita, de usar y disponer de la propiedad privada, etc.).

⁴⁰ En similares términos se pronuncia el Profesor Vanossi, a quien recurrimos para el desarrollo de esta temática. VANOSSO, Jorge Reinaldo, *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Buenos Aires, Eudeba, 1982, 398 p., ISBN 950-0020-3.

⁴¹ Su adhesión a las doctrinas liberales es clara e inequívoca: Preámbulo (“asegurar los beneficios de la libertad”) y arts. 14,17,20,25,26,27,31 y concordantes de la parte orgánica. Como señala Durante, “Particularmente, cabe destacar el derecho de propiedad individual, verdadero paradigma de la noción liberal de la libertad”. DURANTE, Alfredo, *La Constitución Real. Enfoques Multidisciplinarios*. Cap. I, Orden Socioeconómico y Derecho Constitucional, L. La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 9.

Luego el constitucionalismo social, con una visión menos individualista, puso atención en los grupos vulnerables de la sociedad y en sus necesidades más elementales. Surgieron así los “derechos de segunda generación”, de clara naturaleza económica, social y cultural.

El constitucionalismo actual se nos presenta como un proceso que enfoca no solo al hombre en su individualidad (derechos personales o de primera generación) o en su dimensión social (derechos sociales o de segunda generación), sino que además se plantea nuevos desafíos vinculados con una visión universal, teniendo en cuenta no solo a quienes hoy habitamos este planeta, sino a las generaciones que nos sucederán. Así adquieren relevancia las normas incorporadas a las constituciones que procuran tutelar el medio ambiente, los recursos naturales, la paz a escala planetaria; la manipulación genética; los derechos de usuarios y consumidores, etc. Serán los “derechos de tercera generación”, derechos difusos o de incidencia colectiva.

IV. Poder Constituyente y Poderes Constituidos. Constitución, concepto. Tipologías

IV.1. Poder constituyente y poderes constituidos

Toda Constitución tiene un acto de creación, de nacimiento. Será el pueblo, titular de la soberanía, quien lleve adelante este acto inicial tendiente a organizar el poder político y dejar establecidos sus derechos fundamentales.

La teoría del poder constituyente fue elaborada en tiempos de la Revolución francesa de finales del Siglo XVIII. Se adjudica al abate Sieyès la paternidad de dicha teoría, desde el momento que fuera expuesta en su célebre ensayo “¿Que es el tercer Estado?” publicado en 1789⁴². Allí identificó al poder constituyente con

⁴² Sieyès, uno de los más importantes pensadores de la revolución francesa, comienza su obra con tres sencillas preguntas: “¿Qué es el tercer estado? Todo. 2. ¿Qué ha sido hasta

una fuerza política que “crea” la Constitución de un Estado en una instancia racional, voluntaria y deliberativa.⁴³

En razón de lo expuesto, podemos definir al poder constituyente, en líneas generales, como la capacidad o potestad con que cuenta el pueblo para dictar una Constitución, o modificar una ya vigente.⁴⁴

Como señala el Profesor Sagües, al referirse al tema que estamos tratando, la expresión “poder constituyente” tiene un doble carácter, ya que refiere tanto a la facultad o potencia para establecer y alterar la Constitución (poder-función) como a quien lo hace (poder-persona). El establecimiento de la Constitución comprende tanto a su sanción (elaboración y aprobación) como a su promulgación (acto de mandarla a ejecutar, ponerla en vigencia y publicarla).⁴⁵

El Poder constituyente puede ser “originario” o “derivado”. El poder constituyente “originario” es aquella potestad suprema que tiene el pueblo para dictarse su primera constitución,

el presente en el orden político? Nada. 3. ¿Cuáles son sus exigencias? Llegar a ser algo”. SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, *¿Qué es el Tercer Estado?*, 1789, Biblioteca Omegalfa, 2019.

⁴³ Ver MURUA, Ignacio Colombo, *Límites a las reformas constitucionales. Teoría de las cláusulas pétreas.*, 1ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2011, 288 p., ISBN 978-950-508-936-9, p. 114.

⁴⁴ Según el maestro Bidart Campos, sería la “competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al estado, es decir, para organizarlo, para establecer su estructura jurídico-política”. BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, 4ª reimpresión, Buenos Aires, Ediar, 2005, 568 p., ISBN 950-574-111-1, T I, p.373. Por su parte, Juan Vicente Sola se pregunta: ¿Cuál es el fundamento de la Constitución?, ¿Quién puede crear normas constitucionales?... La legitimidad de una constitución supone una conformidad necesaria y sustancial con los intereses aspiraciones y valores de una sociedad en determinado momento de su historia. De esta manera una Constitución no representa una simple legitimación del poder están bien hacer positivos ciertos valores jurídicos.” SOLA, Juan Vicente, *Tratado de Derecho Constitucional*, 1ª edición, Buenos Aires, LA LEY, 2009, 848 p., ISBN 978-987-03-1449-3, T I, p. 223. Según Carl Schmitt, una Constitución puede tener nacimiento de dos maneras distintas: mediante una decisión política unilateral del sujeto del Poder constituyente o mediante convención plurilateral de varios de tales sujetos (surgirá entonces una constitución pactada o convenida). Ver SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1934, 457 p., p. 50.

⁴⁵ SAGÜES, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª edición, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2014, 936 p., ISBN 978-950-508-966-6, p. 54.

de allí que también se lo conozca como poder constituyente “fundacional”. Por su parte, será poder constituyente “derivado” aquel ejercitado para reformar o modificar una constitución ya existente, por tal motivo es usual que también se lo llame poder constituyente “reformador”.

Asimismo, en Estados federales como el nuestro, se pueden diferenciar el poder constituyente “federal” (o de primer grado) y el poder constituyente “provincial”⁴⁶ (o de segundo grado).⁴⁷

Las provincias argentinas son Estados que conforman una unión federal, y es por ello, que, en ejercicio de la autonomía que detentan, pueden dictarse sus propias constituciones. Es más, según el artículo 5 de la Constitución Nacional tienen la obligación de hacerlo, pues allí el constituyente dejó establecido que “cada provincia dictará para sí una Constitución...”.

Debemos señalar que el poder constituyente provincial, sea originario o derivado, tendrá limitaciones impuestas por la propia Constitución Nacional, ya que por el principio de supremacía constitucional no podrían contradecirlas en sus aspectos centrales. Las provincias en sus respectivas constituciones deberán asegurar el sistema representativo republicano, de “acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional”, debiendo asegurar la “administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria” (art. 5 C.N.).

Uno de los principios básicos surgidos del constitucionalismo clásico o liberal fue la distinción entre “poder constituyente” y

⁴⁶ Ampliar en HERNANDEZ, Antonio M., *El Poder Constituyente en las Provincias en Derecho Público Provincial*, 1ª edición, Buenos Aires, LexisNexis, 2008, cap. V, p. 155-184, ISBN 978-987-592-318-8.

⁴⁷ También se podría mencionar la existencia de un poder constituyente municipal o de “tercer grado”. En este sentido señala Atela que: “El poder constituyente municipal puede describirse como una fuerza creadora de la voluntad social para organizarse política y jurídicamente, estableciendo cómo se han de establecer los poderes constituidos del estado municipal, determinando sus límites y organización, así como la definición de la materia local (competencia municipal)”. ATELA, Vicente Santos y CAPUTO, Juan Manuel, *Poder constituyente municipal y cartas orgánicas*, 1ª edición, La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, 2008, 290 p., ISBN 978-950-34-1587- 0, p.16.

“poderes constituidos”. Estos últimos resultan ser una creación del poder constituyente, por lo tanto, se encuentran en una grada jerárquica inferior que aquel. Los identificamos con los órganos de poder creados y reglamentados en el texto constitucional. Así, los poderes constituidos solo tendrán las atribuciones y competencias delimitadas por la Constitución. En nuestro sistema institucional, son poderes constituidos: el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

IV.2. Constitución

La palabra “constitución” es utilizada desde tiempos muy antiguos, pero con distintos sentidos. Por esta razón, nos resultaría imposible reunir en un solo concepto la totalidad de sus posibles significados que ha tenido a lo largo de los años. No obstante, como bien se ha señalado, todas las acepciones del término giran en rededor del poder político y del aparato que se sirve de él, el Estado.⁴⁸

Cuando se afirma, en un sentido llano, que un país está “constituido” de tal o cual manera, no se hace más que hacer una descripción de su realidad. Es como si dijéramos que el aire que respiramos está “constituido” básicamente por dos elementos: el nitrógeno y el oxígeno. Desde esta perspectiva, la constitución es el conjunto de caracteres específicos de algo⁴⁹, es decir la esencia o cualidad de una cosa que la “constituye” como es, y por lo tanto, la diferencia de las demás.

La afirmación “todo Estado precisa una constitución” es verdadera, porque toda asociación permanente de hombres, para que fuese tal, requiere un principio de ordenación conforme el cual se constituya y desenvuelva su voluntad.⁵⁰ Entonces, al

⁴⁸ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 2000, 712 p., ISBN 950-14-1746-8, T. I, p. 43.

⁴⁹ Definición prevista en el Diccionario de la Real Academia Española.

⁵⁰ JELLINEK, Georg, *Teoría del Estado*, México D.F., Oxford University Press, 1998 ,p. 302, citado por FERREYRA, Raúl Gustavo, op. cit., p. 190.

referirnos en estos términos, hacemos alusión a la “constitución fáctica”, “real” o “material”, la que responderá a la realidad social, política, económica de un pueblo determinado.

En otro sentido, nos apunta Emekdjian, el vocablo “constitución”, designa a un conjunto de normas jurídicas que regulan y determinan el modo en que debe ser ejercido el poder político. En otras palabras, establecen como debe ser la estructura del Estado. Ésta es la llamada por diversos autores, la constitución formal, normativa, política o simplemente “constitución” sin ningún aditamento.⁵¹

Con el advenimiento de las revoluciones de finales del Siglo XVIII surgirán las primeras constituciones escritas, codificadas y rígidas, que, además de organizar la estructura y funcionamiento de los poderes, incluirán declaraciones, derechos y garantías. Antes de este momento histórico, no podemos decir que existieron “constituciones” en el sentido que actualmente le otorgamos.

Pasaron muchísimas generaciones para que el hombre aprendiera que solo se podrían garantizar sus derechos individuales si existían límites a los detentadores del poder, y que esos frenos que la sociedad deseaba imponer a los gobernantes deberían plasmarse en un sistema de normas fijas: la Constitución.⁵²

Hechas todas estas aclaraciones previas, ahora si podemos aventurarnos en una suerte de definición:

La “Constitución” es la norma suprema de un Estado por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de todo el poder político y se reconoce los derechos fundamentales de sus habitantes. Será el cimiento sobre el cual se base todo el ordenamiento jurídico.

IV.3. Tipologías de Constitución

La doctrina constitucional ha llevado adelante la tarea de clasificar a las constituciones de acuerdo a sus características

⁵¹ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, op. Cit., p. 44.

⁵² Ver el desarrollo sobre el tema en LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 3ª reimpresión, Barcelona, Editorial Ariel, 1983, 619 p., ISBN 84-344-1972-8, p. 149.

particulares, agrupándolas en diversas clasificaciones o tipologías.

Una Constitución podrá ser escrita o no escrita, incluso puede ser parcialmente escrita (como el caso del Reino Unido y de Nueva Zelanda, donde coexisten leyes constitucionales emitidas por el Parlamento con costumbres constitucionales que también tienen fuerza obligatoria)⁵³

Teniendo en cuenta los procedimientos para ser reformada, una constitución podrá ser: rígida, flexible o pétrea.

Será rígida aquella constitución que para ser reformada necesite acudir a procedimientos especiales, diferentes a los trámites ordinarios para la formación y sanción de leyes. De esta forma, se persigue una mayor dificultad para modificar el texto constitucional exigiendo mayorías especiales o la convocatoria a órganos diferentes para tal cometido. Pues, como señala Sánchez Viamonte, toda reforma constitucional es un acontecimiento de trascendencia indudable.⁵⁴ Por su parte, una constitución será flexible cuando se pueda reformar a través del mismo procedimiento utilizado para la sanción de leyes ordinarias. Por último, las constituciones pétreas (derivación de la palabra “piedra” o “roca”) serían aquellas en las cuales estaría vedada una reforma, es decir, las “irreformables” o “eternas”. Estas clases de constituciones se limitan en la actualidad a una categoría teórica o académica, inexistente en el plano de la realidad. Pues si bien las constituciones pretenden durar en el tiempo, jamás se podría pensar en una Ley Suprema que nunca se modifique desconociendo la lógica evolución de toda sociedad.

Si nos atenemos a la clasificación mencionada, nuestra Constitución Nacional la debemos ubicar dentro de las catalogadas como rígidas. Ello es así, toda vez que para su

⁵³ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, op. Cit. P. 52.

⁵⁴ SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, 4ª edición, Buenos Aires, Editorial Kapeluz, 1959, 413 p. p. 347.

modificación deben ser utilizados procedimientos distintos a los previstos para la sanción de leyes comunes. En su artículo 30 establece que “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una convención convocada al efecto”.

Como se puede advertir de la lectura del mencionado artículo 30, la Constitución solo puede ser reformada por un órgano distinto al Congreso de la Nación, se trata de una convención nacional constituyente, la que debe ser convocada para esos efectos y se integrará por ciudadanos elegidos por el cuerpo electoral. Además, se estableció que será el Parlamento Nacional quien deba declarar la necesidad de la reforma, siempre que se cuente con suficiente consenso político para ello (se exige una mayoría calificada de las dos terceras partes de la totalidad de los legisladores que integren las Cámaras del Congreso).

Además, podríamos afirmar que en nuestra constitución formal no existen cláusulas pétreas, pues quedó establecido que la Constitución puede reformarse en “todo o en cualquiera de sus partes”.⁵⁵

También resulta conocida la tipología efectuada por Lasalle en un ciclo de disertaciones llevadas a cabo en Berlín en el año 1862, las que luego dieron lugar a una conocida obra titulada “¿Qué es una Constitución?”. Allí, Lasalle diferenciaba la “constitución formal” (escrita), a la que el jurista alemán denominaba “tira de papel” y la “constitución real”, asociada a los factores efectivos de poder. Al inicio de sus conferencias preguntó a su auditorio: que ocurriría, si por caso (muy improbable, por cierto), se quemaran todas las constituciones del país. Pues

⁵⁵ Ampliar en el capítulo de la obra del Prof. Quiroga Lavié: ¿Cómo se reforma la Constitución argentina?, QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 41.

en lo concreto nada pasaría al día siguiente, pues los factores reales y efectivos de poder seguirían siendo los mismos.⁵⁶

V. Supremacía constitucional y Estado Federal. Sistemas de control de constitucionalidad

V.1. *Supremacía Constitucional y Estado Federal*

Desde el surgimiento del constitucionalismo liberal se tiene a la Constitución como a la “ley de leyes”⁵⁷, es decir con carácter suprallegal, será la ley suprema entre las demás, pues estará por encima de todas las normas que integren el ordenamiento jurídico positivo.⁵⁸

En líneas generales podemos definir como “supremacía constitucional” al principio mediante el cual se reconoce a la Constitución el carácter de norma superior de todo el ordenamiento normativo del Estado.

El principio de supremacía de la Constitución es consecuencia natural de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, pues en él conviven normas ubicadas en diferentes niveles o peldaños. Resulta oportuno, al analizar lo que estamos comentando, tener presente la teoría gradualista del ordenamiento jurídico elaborada por el maestro Hans Kelsen a principios del

⁵⁶ LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 2ª edición, Barcelona, Ariel Derecho, 2002, 183 p., ISBN 84-344-3216-1, p. 84.

⁵⁷ Al referirse a este tema, Alberdi, el gran ideólogo de la Constitución nacional sostenía que: Fuera de la Constitución no existe, ni puede, ni debe existir ley alguna que de algún modo no sea reglamentaria de los principios, derechos y garantías privados y públicos, que la dicha Constitución establece como base fundamental de toda ley en la República. Según esto, todas las leyes del derecho civil, comercial y penal, todos los reglamentos de la administración en sus diferentes ramos de gobierno, guerra, hacienda, marina, etc., no son más que leyes y decretos orgánicos destinados a poner en ejercicio los derechos del Estado y de sus habitantes, consagrados expresamente por la ley fundamental de, las otras leyes. ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina*, versión digital en <http://www.hacer.org/pdf/sistema.pdf> p. 39

⁵⁸ BIDEGAIN, Carlos María, *Curso de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2005, 174 p., ISBN 950-20-1657-2.,T I, p.27.

Siglo XX. La misma se encuentra representada en su famosa “pirámide jurídica”, en cuyo vértice superior se encuentra la norma fundamental que otorga validez a todo el ordenamiento jurídico.⁵⁹

Resulta habitual encontrar en las propias constituciones alguna cláusula que consagre expresamente el principio de supremacía mencionado. En nuestra Ley Fundamental, por caso, la hallamos en su artículo 31 cuando establece que “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales...”

Por último, debemos señalar que en los Estados de organización federal, como lo es el nuestro, existe una supremacía del derecho federal (Constitución Nacional, leyes de la Nación y tratados internacionales) sobre el derecho creado por las provincias, ello conforme las disposiciones contenidas en los artículos 5, 31 y 128 de la Constitución Nacional.

V.2. Sistemas de control de constitucionalidad

El principio de supremacía constitucional, analizado en el apartado anterior, necesariamente tendrá que contar con algún mecanismo que lo haga efectivo. Pues, para que aquel principio no se torne solamente en una mera expresión de deseos, deberá contar con instrumentos que - a modo de guardianes de

⁵⁹ El destacado jurista, formado en la Universidad de Viena, sostenía que: “Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación, y por consecuencia la validez, de una norma está determinada por otra norma cuya creación a su vez ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.” KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 4ª edición, Buenos Aires, Eudeba, 2010, 224p., ISBN 978-950-23-0886-9, p. 118.

la constitución - protejan a la Ley Fundamental ante posibles ataques de normas inferiores.⁶⁰

Ahora bien, del carácter supremo de la Constitución se desprende lógicamente la invalidez de cualquier acto contrario a sus disposiciones, el que, por esa razón, pasará a ser “anti-constitucional” o “inconstitucional”.

Teniendo en cuenta el órgano encargado de efectuar aquella tarea, se han diferenciado, en líneas generales, dos sistemas de control de constitucionalidad: el político y el judicial.

Los sistemas de control político de constitucionalidad, como su enunciado lo indica, están a cargo de organismos de naturaleza política, por fuera del ámbito del poder judicial. Un ejemplo histórico de este mecanismo lo encontramos en la Constitución francesa de 1852, la que instituyó al Senado como “guardián” de la Constitución. Todas las leyes debían necesariamente ser sometidas antes de su promulgación al Senado, las que eran examinadas desde el punto de vista de su constitucionalidad. Otro caso fue el de la Constitución rusa de 1924, donde el control era esencialmente político, en manos de un Comité Central Ejecutivo de la Unión.⁶¹ Como un dato poco recordado, podemos señalar que nuestra Constitución histórica de 1853 también contenía un tipo de control político de constitucionalidad con características especiales: Las Constituciones provinciales debían ser aprobadas por el Congreso Nacional para poder entrar en vigencia⁶², exigencia que fue acertadamente suprimida en la reforma constitucional de 1860.⁶³

⁶⁰ En términos más categóricos se pronuncia el Profesor Quiroga Lavié al sostener que “... si la supremacía constitucional no tiene una garantía efectiva es como si no existiera”. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación argentina comentada*, 4ª edición, Buenos Aires, Zavalía, 2007, 800 p., ISBN 978-950-572-753-7, p. 148.

⁶¹ LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1978, 725 p., T.III, p. 361.

⁶² El artículo 5 disponía que: “Cada provincia *confederada* dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional, y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria *gratuita*. *Las constituciones provinciales serán revisadas por*

Por su parte, en los sistemas de control judicial de constitucionalidad los encargados de llevar adelante aquella tarea de protección de la ley fundamental ante posibles embates de normas o actos inconstitucionales serán los magistrados judiciales. Como fiel legado del constitucionalismo norteamericano, este sistema pronto será difundido y adoptado por la mayoría de los países de América, entre ellos el nuestro.⁶⁴

Se impone aclarar que lo jueces, al efectuar el control de constitucionalidad de los actos de los otros poderes del Estado, no poseen la atribución de derogar norma alguna. Ello es así, toda vez que se limitarán a cumplir sus funciones específicas de decidir una controversia o contienda aplicando el derecho positivo vigente, y en esa función, se abstendrán de aplicar una norma inferior que contradiga a una norma superior.

Por lo tanto, si en el marco de una contienda judicial, el juez considera que una ley se opone a la constitución, no la aplicará al caso concreto que está decidiendo, pero ello de ninguna manera significará que la ley quede derogada o que su decisión tenga efectos *erga omnes* (del latín, “efectos para todos”).

A su vez, los sistemas de control judicial de constitucionalidad pueden ser concentrados o difusos dependiendo si aquel se encuentra reservado en forma exclusiva a un solo órgano judicial o a cualquier juez de la Nación.

el Congreso antes de su promulgación. Bajo estas condiciones el gobierno federal garantiza a cada provincia el goce de sus instituciones”. (la cursiva me pertenece, indican las partes del artículo suprimidas en la reforma de 1860).

⁶³ Ampliar en TRIONFETTI, Víctor, *El Sistema de Control de Constitucionalidad en Argentina*, en *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, Tomo I, p. 449.

⁶⁴ El artículo VI, segundo apartado de la Constitución norteamericana establece: “*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding.*” (“Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”).

Como ejemplo de los sistemas concentrados se pueden mencionar a los “Tribunales Constitucionales”, organismos especialmente creados para cumplir la función de controlar la constitucionalidad de las leyes. Este tipo de tribunales surgirán en las constituciones de principios del Siglo XX a partir del modelo austríaco.⁶⁵ Luego será tomado por varios países de Europa como Alemania, Francia, España, Italia, entre otros.

Por su parte, los sistemas judiciales de control de constitucionalidad difusos son aquellos que admiten ejercer dicha función en forma descentralizada a todos los tribunales ordinarios, sin ningún tipo de distinción. Es decir, cualquier juez puede efectuar el control de constitucionalidad en el marco de la causa o juicio en el cual interviene como magistrado.

Como señala Celotto, el verdadero momento fundador de la moderna idea de la revisión de constitucionalidad se remonta, más bien a lo ocurrido en los Estados Unidos de América al inicio del siglo XIX.⁶⁶ El jurista italiano, con dicha afirmación, se está refiriendo al famoso caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia norteamericana en 1803, “*Marbury Vs. Madison*”, a partir del cual se puede afirmar que nació el control constitucional de las leyes. Pues, fue la primera declaración de inconstitucionalidad por el Poder Judicial recordada en la historia del constitucionalismo.⁶⁷ En dicha oportunidad quedó establecido el siguiente razonamiento: “dado que la Constitución es ley, ella debe ser interpretada y aplicada por los jueces en los casos regidos por la misma, y desde que esa ley es suprema, los jueces deben darle preferencia sobre cualquier otra ley”.⁶⁸

⁶⁵ La Constitución de Austria de 1920, cuya autoría intelectual se le adjudica a Hans Kelsen, fue la primera en el mundo en confiar a un tribunal especial la justicia constitucional.

⁶⁶ CELOTTO, Alfonso, *Formas y modelos de justicia constitucional*, Círculo Doxa de la ciudad de Buenos Aires, <http://www.circulodoxa.org/documentos/Circulo%20Doxa%20-%20Formas%20y%20modelos.pdf>

⁶⁷ Ver los comentarios y el análisis de las circunstancias históricas que rodearon al caso “*Marbury vs Madison*” en MILLER, Jonathan M., GELLI, María Angélica, CAYUSO, Susana, *Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*. 1ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1995, 672 p., ISBN 950-508-214-2, T. I, p. 3.

Para concluir, debemos señalar que en nuestro país el control de constitucionalidad es ejercido por el Poder Judicial y de manera difusa. Ello es así, ya que no existe un solo y único tribunal para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, sino que todo juez, de cualquier fuero y jurisdicción, se encuentra facultado para hacerlo.⁶⁹

En 1862, al sancionarse la ley nro. 27 de “organización de la justicia federal” quedó establecida la obligación de los tribunales de “sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”.⁷⁰ Un año más tarde, en 1863, mediante la Ley nro. 48 fue atribuida a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la función de intérprete final de la Constitución Nacional.

⁶⁸ Citado por YMAZ, Esteban y REY, Ricardo, *El Recurso Extraordinario*, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, 322 p., ISBN 950-20-1287-9, p. 18.

⁶⁹ El artículo 116 de nuestra Constitución Nacional establece que “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación...”

⁷⁰ Ver art. 3 de la Ley 27 (13/10/1862).

DISCURSOS QUE HICIERON HISTORIA

EL ETERNAUTA



A veces la bruma
se cierne sobre nosotros
un rato
algo más que un instante
como un viento árido
una astilla en la mano
como la noticia de alguien
que de pronto
ya no es carne

Autora: *Martina Rómulo*

Ilustración de portada: *Valentina Díaz de Rueda*

Apreciaciones sobre el último discurso de Evita

Insights on Evita's last speech

Ailén Díaz¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 901-907

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e448>

<https://doi.org/10.24215/25251678e449>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

El 1 de mayo de 1952, Eva Perón reaparece en la escena pública, y dará su último discurso en el tradicional balcón de la Casa Rosada, ante una multitud, que se aglomeraba para celebrar en Plaza de Mayo el Día del Trabajador. A la mañana había sido recibida con gran ovación en el Congreso, antes que Perón inaugurara el 86° Período Legislativo. Esta aparición pública, será la anteúltima de la primera dama, siendo la última vez, en compañía de Perón, un mes después de este memorable discurso, el 4 de junio al inicio de su segunda presidencia.

Para ese entonces, Evita estaba muriendo por un cáncer fulminante. Sin embargo, su temperamento seguía enérgico y con la misma pasión de siempre, pese a la debilidad de su cuerpo, prometió salir a las calles, si es que alguien se atrevía a derrocar al entonces presidente Juan Perón, “*Yo le pido a Dios que no permita a esos insectos levantar la mano contra Perón, porque*

¹ Abogada, docente de la materia Historia Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8438-6622>).

¡guay de ese día! Ese día, mi general, yo saldré con el pueblo trabajador, yo saldré con las mujeres del pueblo, yo saldré con los descamisados de la patria para no dejar en pie ningún ladrillo que no sea peronista”.

¿Por qué esa advertencia? Pues bien, eran tiempos políticos turbulentos. Hacía unos meses, había tenido lugar el primer intento de golpe de Estado contra el peronismo, el 28 de septiembre de 1951. Desde Campo de Mayo se había gestado – sin éxito – un levantamiento en armas de un grupo de militares de las tres fuerzas encabezado por el General Benjamín Menéndez. Hubo otro intento al poco tiempo, dirigida por el ex coronel José F. Suárez, tenía entre sus planes asaltar a la residencia presidencial y matar a Perón y a su esposa. Este intento fue realizado el 3 de febrero de 1952, pero las autoridades fueron alertadas antes de que se pueda poner en marcha el plan y los implicados en el hecho fueron detenidos. Así lo referenciará Evita “... *no lo conseguirán... no lo conseguirán como no han conseguido jamás la envidia de los sapos acallar el canto de los ruiseñores ni la víboras contener el vuelo de los cóndores...*”. Este mensaje era dirigido a los golpistas en particular, pero incluía a los opositores en general.

En ese contexto, se dieron las elecciones presidenciales que permitieron la reelección de Perón, el 11 de noviembre 1951, día histórico por consagrarse por primera vez el sufragio femenino, gracias a la Ley N° 13.010, impulsada fervientemente por Evita, quien pudo votar por primera vez en la cama del hospital.

No hacía mucho tiempo, había renunciado a su candidatura a la Vicepresidencia de la Nación, el 22 de agosto de 1951 a pesar de que una gran parte del Movimiento Nacional Justicialista se lo estaba pidiendo (en particular nos referimos al Partido Peronista Femenino y la Confederación General del Trabajo), las internas, en particular de los militares y su salud no la acompañaban.

Para mayo de 1952 la enfermedad estaba muy avanzada, pero ella no quería dejar de ver e interpelar a sus “descamisados”,

calificativo afectuoso con que caracterizaba al pueblo trabajador. Es así que durante el mensaje que estamos comentando, la “abanderada de los humildes” intentaba concientizar sobre los tiempos que corrían. De forma categórica le otorga un fuerte respaldo a su marido, el General Perón resaltando que *“aquí estamos los hombres y las mujeres del pueblo, mi general, para custodiar vuestros sueños y para vigilar vuestra vida, porque es la vida de la patria, porque es la vida de las futuras generaciones, que no nos perdonarían jamás que no hubiéramos cuidado a un hombre de los quilates del general Perón, que acunó los sueños de todos los argentinos, en especial del pueblo trabajador”*. Asimismo, resaltó la necesidad de continuar sosteniendo el proyecto justicialista ya que todavía había *“mucho dolor por mitigar; hay que restañar muchas heridas, porque todavía hay muchos enfermos y muchos que sufren”*.

Enardecida también advierte a los traidores de adentro y de afuera que el pueblo no se dejará *“aplantar por la bota oligárquica y traidora de los vendepatria que han explotado a la clase trabajadora”*.

Con ímpetu pocas veces visto en una persona tras semejante lucha contra la enfermedad, Evita le reafirma al pueblo hacia el final de su discurso que *“otra vez estoy en la lucha, otra vez estoy con ustedes, como ayer, como hoy y como mañana”*, en una muestra de fortaleza frente a los tiempos políticos que se avecinaban.

Esta figura política femenina de Argentina, desató pasiones y odios. Tanta devoción generó por su acción a favor de los humildes, principalmente a través de la fundación con su propio nombre, que más de veinte mil firmas pidieron su beatificación ante la Iglesia Católica, incluso el pedido ha sido reiterado en el año 2019 por la CGT (Confederación General de Trabajo, la mayor Central Obrera Argentina).

No obstante, también despertó gran desprecio por otra parte de la sociedad más acomodada, que veían con malos ojos que una provinciana humilde llegase a casarse con un militar

y candidato presidente de la Nación en aquel entonces, y que luego procuró dignificar a los desposeídos. Tanto fue el odio por la pérdida de ciertos privilegios por parte de dicha clase, que en barrios como Recoleta se vieron inscripciones en las paredes con la leyenda “viva el cáncer”.

Lo que nadie podrá negar sin embargo, es su trascendencia en la historia de nuestro país, una de las mujeres más icónicas e influyentes de la Argentina. Falleció a causa del cáncer el 26 de julio de 1952, con tan solo 33 años, y pese a su corta vida dejó un legado inigualable, una muestra de pasión y amor por la dedicación al pueblo y la patria, y la férrea lucha contra quienes, nacionales o extranjeros, los oprimían, y lamentablemente aún oprimen.

Eva Duarte. Discurso del 1° de mayo de 1952

Mis descamisados: otra vez estamos aquí reunidos los trabajadores del pueblo, las mujeres del pueblo, otra vez estamos los descamisados del pueblo en esta plaza histórica del 17 de octubre de 1945, para dar la respuesta al líder del pueblo que esta mañana, al concluir su mensaje, dijo que “quienes quieran oír, que oigan; quienes quieran seguir, que sigan”. Aquí esta la respuesta mi general.

Es el pueblo...es el pueblo trabajador, es el pueblo humilde de la patria que aquí y en todo el país esta de pie y lo seguirá a Perón, al líder del pueblo y al líder de la humanidad, porque ha levantado la bandera de la rendición y de justicia de las masas trabajadoras, lo seguirá contra la opresión de los traidores de adentro y de afuera, y que en la oscuridad de la noche quieren dejar el veneno de sus víboras en el alma, y en el cuerpo de Perón, que es el ama y el cuerpo de la patria, no lo conseguirán, no lo conseguirán como no han conseguido jamás la envidia de los sapos acallar el canto de los ruiseñores, ni las víboras contener el vuelo de los cóndores. No lo conseguirán, porque aquí estamos los hombres y las mujeres del pueblo, mi General, para

custodiar vuestros sueños y para vigilar nuestra vida, porque es la vida de la patria, porque es la vida de las futuras generaciones, que no nos perdonarán jamás que no hubiéramos cuidado a un hombre de los quilates de Perón, que acuñó los sueños de los argentinos, dignificando al pueblo trabajador.

Yo le pido a Dios que no permita a esos insectos levantar la mano contra Perón, porque ¡guay de ese día! Ese día, mi general, yo saldré con el pueblo trabajador, yo saldré con las mujeres del pueblo, yo saldré con los descamisados de la patria, para no dejar en pie ningún ladrillo que no sea peronista. Porque nosotros no nos vamos a dejar aplastar jamás por la bota oligárquica y traidora de los vende patrias que han explotado a la clase trabajadora, porque nosotros no nos vamos a dejar explotar jamás por los que, vendidos por cuatro monedas, sirven a sus amos de las metrópolis extranjeras; entregan al pueblo de su patria con la misma tranquilidad con que han vendido el país y sus conciencias; porque nosotros vamos a cuidar de Perón más que si fuera nuestra vida, porque nosotros cuidamos una causa que es la causa de la patria, es la causa del pueblo, es la causa de los ideales que hemos tenido en nuestros corazones durante tantos años. Hoy, gracias a Perón, estamos de pie virilmente. Los hombres se sienten más hombres, y las mujeres nos sentimos más dignas, porque dentro de la debilidad de algunos y de la fortaleza de otros está el espíritu y el corazón de los argentinos para servir de escudo en defensa de la vida de Perón.

Yo, después de un largo tiempo que no tomo contacto con el pueblo como hoy, quiero decir estas cosas a mis descamisados, a los humildes que llevo tan dentro de mi corazón que en las horas felices, en las horas de dolor y en las horas inciertas siempre levanté la vista a ellos, porque ellos son puros y por ser puros ven con los ojos del alma y saben apreciar las cosas extraordinarias como el general Perón. Yo quiero hablar hoy, a pesar de que el general me pide que sea breve, porque quiero que mi pueblo sepa que estamos dispuestos a morir por Perón y que sepan los traidores que ya no vendremos aquí a decirle

“presente” a Perón, como el 28 de septiembre, sino que iremos a hacer justicia por nuestras propias manos.

Hay mucho dolor que mitigar; hay que restañar muchas heridas, porque todavía hay muchos enfermos y muchos que sufren. Lo necesitamos, mi general, como el aire, como el sol, como la vida misma. Lo necesitamos por nuestros hijos y por el país en estos momentos inciertos de la humanidad en que los hombres se debaten entre dos imperialismos; el de derecha y el de izquierda, que nos llevan hacia la muerte y la destrucción. Y nosotros, un puñado de argentinos, luchamos junto con Perón por una humanidad feliz dentro de la justicia, dentro de la dignificación de ese pueblo, porque en eso reside la grandeza de Perón. No hay grandeza de la Patria a base del dolor del pueblo, sino a base de la felicidad del pueblo trabajador.

Compañeras, compañeros: Otra vez estoy en la lucha, otra vez estoy con ustedes, como ayer, como hoy y como mañana. Estoy con ustedes para ser un arco iris de amor entre el pueblo y Perón; estoy con ustedes para ser ese puente de amor y de felicidad que siempre he tratado de ser entre ustedes y el líder de los trabajadores.

Estoy otra vez con ustedes, como amiga y como hermana y he de trabajar noche y día por hacer felices a los descamisados, porque sé que cumplo así con la Patria y con Perón. He de estar noche y día trabajando por mitigar dolores y restañar heridas, porque sé que cumplo con esta legión de argentinos que está labrando una página brillante en la historia de la Patria. Y así como este 1° de mayo glorioso, mi general, quisiéramos venir muchos y muchos años y, dentro de muchos siglos, que vengan las futuras generaciones para decirle en el bronce de su vida o en la vida de su bronce, que estamos presentes, mi general, con usted.

Antes de terminar, compañeros, quiero darles un mensaje: que estén alertas. El enemigo acecha. No perdona jamás que un argentino, que un hombre de bien, el general Perón, esté trabajando por el bienestar de su pueblo y por la grandeza

de la Patria. Los vende patrias de dentro, que se venden por cuatro monedas, están también en acecho para dar el golpe en cualquier momento. Pero nosotros somos el pueblo y yo sé que estando el pueblo alerta somos invencibles porque somos la patria misma.

Exposición de Eugenio Raúl Zaffaroni ante el Tribunal Supremo del Estado Plurinacional de Bolivia

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 908-917

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e450>

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Supremo de Justicia

Excmas. Sras. Magistradas y Excmos. Sres. Magistrados.

Distinguidos colegas y público interviniente y participante
de este Seminario

Sras. y Sres.

Ante todo, agradecemos profundamente el honor que nos dispensa el Excmo. Tribunal Supremo del Estado Plurinacional de Bolivia con la honrosa invitación a participar en este seminario.

Nos tomamos también la libertad de felicitar al Excmo. Tribunal por la iniciativa misma del Seminario, que es una clara demostración de preocupación frente a las cuestiones que plantean estos momentos difíciles para nuestra región y el mundo, especialmente para la magistratura encargada de la compleja y sagrada misión de ejercer el control jurisdiccional de constitucionalidad y de convencionalidad.

Esta preocupación de las máximas instancias jurisdiccionales frente a cualquier emergencia es la natural consecuencia de que, en todos los episodios de esa naturaleza, se reclaman medidas que limitan o suspenden derechos, precisamente en función de la necesidad que plantean.

Es comprensible la preocupación de todo juez ante cualquier emergencia, porque a nadie le pasa por alto que, a lo largo de

toda la historia de nuestra cultura jurídica, desde la inquisición hasta el genocidio de la segunda guerra mundial y los posteriores, no hubo en el mundo ninguna aberración criminal del poder que no haya pretendido justificarse invocando la necesidad, sea en la forma de estado de necesidad o de legítima defensa.

Los crímenes de estado de todos los tiempos pretendieron ampararse en alguna de estas dos instituciones, siendo que, en definitiva, ambas son variables de la invocación de la necesidad, al punto que la doctrina alemana las deriva de una general teoría de la necesidad: *Not*, y de allí *Notstand* y *Notwehr*.

El derecho internacional de los DDHH, como todo el derecho en general, también se encuentra frente a la necesidad de tratar de establecer cuándo una limitación es jurídicamente admisible y cuándo debe rechazarse por configurar un abuso de poder del estado o un mero pretexto para cualquier otro objetivo.

Salvo en cuanto a la tortura y a la esclavitud, el derecho internacional de los DDHH reconoce que no hay derecho que no puede limitarse o suspenderse en razón de situaciones de necesidad.

Pero las emergencias, como su nombre lo indica, no suelen ser previsibles, y la pandemia es quizá el más paradigmático ejemplo de imprevisibilidad. Debido a eso, el “margen de apreciación” que los derechos humanos deben reconocer a cada estado frente a cada emergencia particular, no puede menos que ser amplio.

Para tratar de evitar o reducir la arbitrariedad, en las últimas décadas -a partir de la jurisprudencia del tribunal europeo-, se está difundiendo en la teoría jurídica la exigencia de que toda limitación en función de necesidad deba responder a una “necesidad social imperiosa”.

Por otra parte, también se exige que los tribunales deban constatar el estándar mediante una comparación con los modelos de “sociedad democrática”, es decir, verificar si la limitación, en iguales circunstancias, sería admisible en cualquier modelo de sociedad democrática.

Pero estos tanteos jurisprudenciales son en el fondo derivaciones de la regla delimitadora general entre la necesidad justificante y la perversión de ésta como abuso o pretexto, que es el llamado “principio de proporcionalidad”, que no es más que la traducción internacional de la regla de “racionalidad” de todo acto de gobierno, impuesta en el derecho interno por el principio republicano.

Este “principio de proporcionalidad” –que podría ser llamado de “racionalidad”- es la adaptación de una regla que desde siempre se aplica al estado de necesidad justificante en todo el derecho: *el mal que se causa debe ser inferior al que se evita*. Todos los códigos del mundo establecen esta regla para limitar la justificación por necesidad.

En consecuencia, tanto el derecho internacional como el interno de los estados republicanos, llegan al mismo principio que, aplicado al caso, rezaría: *la limitación de derechos en razón de la pandemia, debe ser inferior a la lesión de derechos que tendría lugar de no procederse a esa limitación*.

Conforme a esta regla se justifica la acción que limita o suspende derechos en razón de necesidad. ¿Pero a quién se justifica? A los estados, porque nunca debemos olvidar que en materia de DDHH los únicos sujetos de violaciones, es decir, los únicos “autores” de violaciones a DDHH, son los estados, no las personas que, en todo caso, podrán cometer delitos, pero no violaciones a DDHH.

Y los estados pueden cometer violaciones de DDHH por acción o por omisión.

En nuestra región se encuentra en curso una violación de DDHH por omisión, que es anterior a la pandemia y que ésta agrava ahora al extremo, que es la superpoblación de las cárceles, materia en la cual Bolivia está en una de las peores condiciones, con más del 300% de concentración penal.

Conforme a los estándares internacionales, una pena o una prisión preventiva en esas condiciones, es una tortura o, por lo menos, un trato cruel, inhumana o degradante.

En puridad jurídica, los jueces de todos los estados que registran superpoblación penal, entre los que, por supuesto, incluyo a la Argentina, se convierten en autores mediatos de tortura o de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Frente a esta situación, los estados continúan omitiendo toda solución, con lo cual siguen permitiendo que continúen acumulándose presos, sobre todo preventivos, en prisiones convertidas en campos de concentración.

Los estados de nuestra región han visto impasibles crecer el proceso de gran encarcelamiento de las últimas décadas, en una clara violación de DDHH por omisión.

Esta violación por omisión se continúa ahora, pese a la pandemia, sin hacer nada por disminuir el número de presos, sabiendo que cada presidio superpoblado es una bomba virósica, con lo que, a las condiciones aberrantes de detención, se suma en estos momentos una amenaza de muerte por infección, cuyo riesgo advirtieron desde la OMS hasta el Papa, pasando por el subcomité contra la tortura de la ONU, la relatora de DDHH y el relator de independencia judicial de la ONU, el comité internacional de la Cruz Roja, la Comisión IDH, la Corte IDH, etc.

Pero también, durante la pandemia, los estados pueden violar DDHH por acción, cuando las limitaciones a derechos que imponen sean más lesivas que las consecuencias que evitan, o sea, cuando exceden el límite que impone la necesidad justificante, conforme al señalado principio de racionalidad o de proporcionalidad.

Nos permitimos insistir en que la observancia de este principio se impone no sólo por vía del derecho internacional, aunque sería suficiente con eso, dada la teoría dominante en el mundo actual del “derecho único” o “tesis monista”, sino que también estamos obligados a respetarla en nuestros estados, porque tenemos formas de gobierno republicanas (en el caso del Estado Plurinacional de Bolivia expresamente el artículo 11° constitucional).

Por ende, no es racional conforme al derecho interno, ni proporcional en razón del derecho internacional de los DDHH, que en razón de la pandemia se determine una limitación de derechos más lesiva que la que se pretenda evitar.

En este sentido, somos conscientes de que el problema más serio que se presenta ahora en Bolivia, es la posibilidad de una nueva postergación de las elecciones generales. en razón de la pandemia. Por tal motivo, nos hemos de centrar seguidamente en este problema.

Ante todo, siguiendo el orden de los principios y reglas a los que nos referimos antes, creemos que una nueva postergación de elecciones no superaría el test que se va expandiendo sobre la “necesidad social imperiosa” de la medida, habida cuenta de los medios técnicos hoy disponibles para llevar a cabo una elección en estas condiciones y sin inconvenientes ni riesgos insalvables.

Tampoco creemos que pudiese superar la regla comparativa impuesta por el modelo de “sociedad democrática”, porque no se ha registrado en ningún otro estado una postergación sucesiva de elecciones con motivo de la pandemia y, además, sería casi inconcebible que alguna democracia estable y seria lo hiciese.

Pero, tal como dijimos antes, estas reglas no son otra cosa que derivaciones particulares del general principio de racionalidad o proporcionalidad que rige tanto internacional como internamente, cualquiera sea la tesis –monista o dualista- que se sostenga respecto al derecho internacional y nacional.

La aplicación del mencionado principio requiere, pues, una ponderación de “males”, porque toda limitación de derechos, sea o no racional, nunca deja de ser un mal. Por tal razón debe indagarse en cada caso cuál es el mal mayor.

Descartado que la pandemia impida realmente la celebración de los comicios porque, como señalamos antes, la tecnología actual lo permite, aunque se deban superar algunas dificultades menores, tampoco vemos serios impedimentos para

el desarrollo de las campañas electorales, pues con los medios de comunicación repartidos democráticamente, la comunicación de los partidos con la población no se altera.

En la actualidad, las campañas electorales no requieren de concentraciones masivas, ni en Bolivia ni en ningún otro país.

En otro orden de cosas, tampoco creemos que la postergación de los comicios tenga algún efecto controlador sobre la difusión de la pandemia, puesto que la asistencia a los centros de votación se podría programar racionalmente para impedir riesgos, que no serían mayores que los de la circulación que, por otra parte, ya se está produciendo en casi todos nuestros países.

En síntesis: los riesgos de una lesión a derechos con motivo de la elección –y en especial del derecho a la vida- son bastante remotos.

Cabe advertir en esto que, cuando de ponderar males se trata, no se lo debe hacer en abstracto, como sería “derecho de votar” frente a “derecho a la vida”, sino que debe valorarse en concreto, habida cuenta de la inmediatez o proximidad y lejanía de los males.

Un mal gravísimo en abstracto, como la lesión el derecho a la vida, no lo es en concreto, porque resulta remoto y poco probable, en tanto que el primero, es decir, la postergación de la elección, es inmediato y seguro.

Por otro lado, corresponde ponderar la gravedad de los efectos de los males concretos, inmediatos y seguros, que resultarían de una nueva postergación de las elecciones.

A este respecto, debemos pedir que lo que a continuación diremos no sea tomado como un acto de denuncia, porque no pretendemos este efecto que, obviamente, no sería esta la ocasión ni lo adecuado. Simplemente pretendemos evaluar en contexto los daños emergentes, basándonos en datos verificables, sin perjuicio de la calificación, que es otra discusión que en este momento no viene al caso.

En principio, es verificable que la situación institucional de Bolivia es anómala. Ha habido un acto de fuerza, de cuya calificación

prescindimos, pero cuya existencia es innegable. Con posterioridad se han sucedido hechos discutidos, pero lo verificable es que al respecto circulan denuncias y noticias por todo el mundo.

Pero únicamente “ad argumentandum” no los damos por ciertos, aunque algunos lo son claramente, como la permanencia de siete personas en asilo diplomático, a las que se les niega el salvoconducto de salida, en forma violatoria de las reglas más elementales del derecho de gentes.

Más allá de la verdad respecto del contenido de denuncias y noticias en particular, lo verificable es que éstas circulan por el mundo y se abarrotan los organismos internacionales con denuncias y algunos de ellos, ciertamente importantes, formulan advertencias y recomendaciones, como la Comisión IDH y recientemente la Relatoría de DDHH de la ONU. Incluso siete senadores demócratas norteamericanos se han hecho eco de estas denuncias y noticias.

No es menos cierto que en el último tiempo se procesó a muchos candidatos y se corre el riesgo de que un candidato a presidente pueda ser inhabilitado antes de los comicios.

Tomemos el contexto sólo con estos elementos, insisto que “ad argumentandum”, o sea, sin dar por cierto el contenido de las noticias y de las denuncias, sino limitándonos a verificar su existencia.

Esa mera existencia da lugar a la sospecha, lo que ya de por sí constituye un mal enorme, porque pone en entredicho ante el mundo la democracia en Bolivia y la propia legalidad jurídica de su Estado.

Así, por ejemplo, sea o no cierto, en este contexto no se puede descartar la versión o la sospecha de que los procesos a candidatos tengan por objeto la proscripción indirecta de una fuerza política. Los procesos existen, y eso hace inevitable la sospecha en este contexto.

Con ese motivo, circula por el mundo un pesado manto de duda, en razón de que este procedimiento se ha vuelto frecuente y se reitera en otros países en el último tiempo.

Ahora, eso que sucede en otros países, se lo llama “lawfare”, pero es más viejo que todos nosotros: se lo usó cuando se procesó en mi país al presidente Yrigoyen por la dictadura de 1930, o al presidente Perón por la dictadura de 1955, cuando la primera proscribió al radicalismo y la segunda al justicialismo, proscripción que nos duró diez y siete años, y que nos dejó una herida que acabó décadas después con la tragedia de 30.000 desaparecidos. No es ninguna novedad. Y por eso, precisamente, cuando se procesan a candidatos en cualquier país de nuestra región, inmediatamente se sospecha.

Si a eso se suma, el acto de fuerza –que ha existido- las otras noticias, la violación del derecho de asilo y, ahora una nueva postergación de elecciones, la sospecha se incrementa al máximo y, la imagen internacional del país se deteriora mucho más.

El mal que esto implica es un daño a Bolivia como nación en el concierto de las naciones de la región y del mundo. Por decirlo más claramente: no se debe tolerar que Bolivia ni ningún otro estado pueda ser considerado un estado de segunda categoría en el mundo.

Eso lo hemos vivido los argentinos muchos años, cuando no podíamos juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos en nuestro territorio. Pasamos a ser un estado de segunda categoría e incluso, en función del principio universal, otros estados asumían la función jurisdiccional sobre nuestros ciudadanos. Así fue hasta que recuperamos el ejercicio de nuestra jurisdicción y reparamos nuestra imagen ante el mundo.

No deseamos que los bolivianos sientan lo mismo, porque es muy doloroso.

Los hechos del pasado inmediato en Bolivia ya pasaron, no podemos hacer que no hayan pasado. Es imposible revertir la película del tiempo.

Por eso, ahora se trata de mirar al futuro y ser propositivos. Las heridas están. ¿Cómo curarlas, cicatrizarlas y, de ser posible, borrar las cicatrices? Esa es la pregunta actual, dividida

en tres momentos: curación, cicatrización y cancelación de la huella de la lesión.

Sabemos que los hechos del pasado pueden ser motivo de venganzas futuras, no somos ingenuos. Cuando los seres humanos sentimos deseos de la venganza, es porque nos es imposible hacer que lo que pasó no haya pasado. La venganza es contra el tiempo, decía Nietzsche.

Pero también sabemos que hay formas de evitar las tentaciones vindicativas: los crímenes contra la humanidad no son amnistiables, pero los delitos políticos se pueden amnistiar, los procesos pueden anularse, las sentencias revisarse, las penas indultarse, etc.

No olvidemos que la política es en gran medida un arte de negociación y todo conflicto, antes de que adquiera mayores proporciones, puede resolverse por el camino de la pacificación de los espíritus y de la obstaculización de cualquier tentación vindicativa por vía de negociación.

Pero el primer paso, la primera curación de la herida del pasado inmediato, lo más elemental para la eliminación de las sospechas y para la reparación de la imagen internacional de la Nación Boliviana, no puede ser otra que la celebración de elecciones transparentes y sin proscripciones, arbitrariedades ni fraudes, ni manifiestos ni encubiertos.

Esa es la primera curación, la más urgente. A partir de allí nadie podrá imputarle a Bolivia ninguna inferioridad ni usar eso como pretexto en ninguna negociación financiera o económica. Con eso será indiscutible la recuperación de la dignidad nacional ante el mundo.

El segundo paso, o sea, la cicatrización de las heridas del pasado reciente, no puede ser otro que una sana y sincera negociación conforme al mejor arte de la política. Bolivia no puede quedar dividida, no puede debilitar su sentimiento nacional con divisiones insalvables, no puede comprometer el sentimiento de pertenencia, de comunidad nacional en el buen sentido de la palabra.

El tercer paso, borrar la huella de la cicatriz, es una tarea más lenta, pero ya vendrá.

En la ponderación de males, pocas dudas nos caben acerca de que la postergación de la elección en esta emergencia y en este contexto, provocaría un mal mucho mayor que la amenaza remota que se pretendería evitar con esa medida.

En las antedichas circunstancias, tan enorme es la diferencia en la ponderación de los males, que la propia postergación de las elecciones generales no haría más de reconfirmar todas las sospechas, a un grado tal que ya pasarían a convertirse en indicios y en pruebas directas.

Este Excmo. Tribunal Supremo tiene en sus manos la decisión.

Delicadísima e histórica tarea a cargo de sus Excmas. Juezas y Excmos. Jueces.

Somos consciente de las dificultades, no nos pasan por alto, pero también de que el mundo los estará observando y, por difícil que sea la decisión, también tendrán la magnífica oportunidad de que desde nuestra sufrida y problemática región un tribunal muestre una lección de prudencia y sabiduría al mundo.

En manos de este Tribunal está la dignidad misma de vuestra Nación frente al mundo.

Sólo las juezas y jueces de este alto Tribunal tienen la posibilidad de apartar toda duda, de restañar los males, de restablecer la democracia plena en Bolivia y dignificar la Nación frente a la región y al mundo.

Sólo me queda desear que Dios les ilumine la inteligencia y les dé fuerzas a sus espíritus.

Escriben en este número:

ALMEJÚN, Juan Martín
ARIAS, Gerónimo
BAUGER, Erika Silvina
BERNAL, Fabián
BOCCON-GIBOD, Thomas
BONET DE VIOLA, Ana María
CABADO, Carolina
CABRAL, Pablo Octavio
CALDERÓN ASTETE, Rodrigo
CAMILLETTI, Tomás
CANÓNICO, Penélope
CARBALLO MARINA, Franco
CARLÍN SÁNCHEZ, John A.
CIUDAD PÉREZ, Juan Pablo
COLOMBARO, Paola
CORREA, Francisco
DÍAZ, Ailén
GALEANO, Juan Cruz
GARCÍA GÓMEZ, Aritz
GIZZI, Jessica Belén
GONZÁLEZ MONZÓN, Alejandro
GONZÁLEZ QUEVEDO, Joana
GUIÑAZÚ, Claudio E.

GUSIS, Gabriela
HÄBERLE, Peter
LAUHRIAT, Santiago
LISÉ, Sofía Marina
MAITINI, José
MOLTRAZIO, Carolina
MORENO, Guillermo Raúl
MORENO, Juan Ignacio
MUÑOZ, Lorena
OLALLA, Marcos
OLGUIN, Valerio
ORTIZ, Juan Emilio
PERÍCOLA, María Alejandra
PICIÑAM, Petrona
PIVA, Esteban
SAIDLER, Yael Selene
SALGADO, Juan Manuel
TRILLO, Verónica Susana
VÁZQUEZ, Bernardo
ZAFFARONI, Eugenio Raúl
ZANNINI, Carlos
ZYGIELMAN TALE, Yael



REVISTA DERECHOS EN ACCIÓN



WWW.REVISTAS.UNLP.EDU.AR/REDEA
WWW.DERECHOSENACCION.COM.AR