



ARGENTINA



Lecciones y Ensayos

Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

LECCIONES
Y
ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO

Decano

Dr. Alberto J. Bueres

Vicedecano

Dr. Marcelo Gebhardt

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora

Mary Beloff

Subdirector

Luis R. J. Sáenz

Secretario

Jonathan M. Brodsky

**CONSEJO DE REDACCIÓN
PRIMER SEMESTRE 2019**

Director

Ignacio Josué Arrossagaray

Subdirector

Ezequiel Barnade

Secretaria de Redacción

Maite Guerrero

Tutora

Inés Colombato

Redactora

Lucila Belén Martínez

Colaboradores/as

Agustina Churba

Marisol Díaz Rivera

Julieta Denise Haase

Josefina del Rosario Lago

Pablo Hernán Martos

Virginia Tamara Neyra

Valentín Otiñano

Andrea Fernanda Schuster

Todos/as los/as integrantes del Consejo de Redacción son estudiantes de grado de la Facultad de Derecho (UBA).

RÉPLICA

Lecciones y Ensayos invita a escribir respuestas o reacciones a los artículos publicados en la Revista. Para su publicación deberán ser enviadas, junto con los datos completos del/de la autor/a, a lye@derecho.uba.ar

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES
Y
ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

José Casás
María Laura Clérico
Anibal D'Auría
Marisa Herrera
Sandra Negro
Marcelo Raffin
Mario Villar

Algunos derechos reservados

Copyright by Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P (C1425CKB) -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los trabajos
está a cargo exclusivamente de los autores.

ISSN (en papel): 0024-0079.

ISSN (en línea): 2362-4620.

Los artículos de esta revista se distribuyen bajo una licencia Atribución-NoComercial-Sin-Derivadas 2.5 Argentina (CC BY-NC-ND 2.5 AR) <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/>

Usted es libre para: Compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, bajo las siguientes condiciones: atribuir correctamente la fuente, proveer un link a la licencia, e indicar cualquier cambio en el material; no puede hacer uso del material con fines comerciales, ni distribuir el material modificado, en caso de mezcla, transformación o creación de nuevo material a partir de esta obra, sin permiso previo del editor y/o los respectivos autores.

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a

Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - UBA
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel./Fax: (54-11) 5287-6762

ÍNDICE

Editorial.....	13
----------------	----

IN MEMORIAM DE JOSÉ OSVALDO CASÁS (1942-2019)

Corti, Horacio, <i>En recuerdo del profesor José Osvaldo Casás</i>	17
Bulit Goñi, Enrique, <i>José Osvaldo Casás</i>	21

LECCIONES

Elfman, Jonas, <i>Ni interpretativismo ni formalismo: cómo construir una práctica jurídica ajena a los extremos</i>	27
Montero, Julio, <i>La teoría interpretativa, el activismo judicial y los jueces Robin Hood: la culpa no es de Dworkin</i>	71
Montesano, María Marta, <i>El traductor como traidor: la negociación como puente entre Jorge Luis Borges y Rodolfo Walsh</i>	93
Thus, Valeria, <i>Negacionismo y libertad de expresión: reflexiones en torno a la criminalización</i>	109

ENSAYOS Y XVI CONCURSO DE ENSAYOS ‘DR. IGNACIO WINIZKY’: ANTICORRUPCIÓN Y TRANSPARENCIA

Mantiñan, Federico Maximiliano y Zara, Nicolás Daniel, <i>Los costos de la anticorrupción: balanceando libertad e igualdad en la regulación del financiamiento electoral</i>	141
--	-----

Mayorquín, Daniela, <i>Contrato de concesión aeroportuaria en Colombia: paradigmas de la corrupción y transparencia en la ejecución de la concesión del Aeropuerto El Dorado</i>	165
Romero, Daniela, <i>Soft Law: ¿el “Caballo de Troya” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos?</i>	191
Strejilevich Aranguren, Florencia, <i>La filosofía política de Macedonio Fernández y Arthur Schopenhauer a la luz de sus concepciones metafísicas</i>	215
Vitaliani, Emiliano Martín, <i>¿Qué discutimos cuando discutimos sobre campañas electorales? Una lente republicana para un viejo debate</i>	239
Vitaliani, Emiliano Martín, <i>Sobre el control de constitucionalidad de los mecanismos de democracia directa. Un análisis desde la teoría de la democracia deliberativa</i>	265

MISCELÁNEAS

Bertone, Martín, <i>“No hablo francés”. El traductor público como intérprete en sede judicial</i>	305
Zaffaroni, Eugenio Raúl y Croxatto, Guido Leonardo, <i>Friedrich Spee: el primer criminólogo crítico</i>	313

ENTREVISTAS

Entrevista al Profesor Robert Alexy	357
Entrevista al Profesor Thomas Duve	375

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

¿Cómo publicar en Lecciones y Ensayos?	385
¿Cómo participar en Lecciones y Ensayos?.....	391

EDITORIAL

Este número nos encuentra en épocas en las que se respiran aires de transformación y renovación. Un espíritu disruptivo crece a pasos agigantados en nuestra sociedad, haciendo eco en distintas instituciones y espacios plurales.

La historia universal nos enseña que el Derecho nunca resulta ajeno a estos procesos de cambio. Por el contrario, es el principal “afectado”. Tarde o temprano, se adecua al dinámico contexto social y funciona (o puede funcionar) como una herramienta que responda a las necesidades sociales. En este sentido, para que resulte útil en pos de construir sociedades más justas, el Derecho no puede permanecer en manos de unos pocos. No puede ser un lenguaje hablado solo por una minoría que decide sobre las vidas de los/as demás, que define lo correcto y lo incorrecto; debemos entender a la democracia como la hoja en blanco en la que todos y todas escribimos el Derecho. Se trata de la democratización del Derecho y la democratización, también, de la academia jurídica.

Es aquí donde *Lecciones y Ensayos* encuentra su pequeño espacio de acción: en la democratización del conocimiento, la promoción y la difusión de derechos y la lucha por sociedades más igualitarias y justas. Esta noción de “democratización” se advierte en dos aspectos fundamentales: en la posibilidad de que todos/as los/as estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires puedan participar y formar parte de un espacio que hace de la enseñanza y el aprendizaje del Derecho un ejercicio horizontal y transparente; y, por otro lado, el acceso al conocimiento. En otras palabras, que todos y todas puedan formar parte de la construcción académica del Derecho y puedan acceder al conocimiento jurídico.

En este camino, nos topamos con momentos en los cuales la producción y participación académica de las generaciones más jóvenes se encuentra paralizada, probablemente por falta de motivación y confianza de quienes conforman esta comunidad. Como Consejo, creemos que es un error permanecer ajenos e indiferentes a esta situación. Es importante tomar un rol activo en la generación de vías que permitan incrementar

la participación de todos/as los/as estudiantes universitarios en el ámbito académico.

Nuestro rol activo también consiste en abordar problemáticas coyunturales actuales. En este orden de ideas se circunscribe el XVI Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” sobre Anticorrupción y Transparencia, que baraja temáticas como financiamiento de campañas, sistema electoral y ética pública. Que nuestra comunidad estudiantil aborde este abanico de problemáticas es un paso importante hacia la consolidación de una democracia abierta y una academia activa, regidas por la publicidad y accesibilidad.

Los esfuerzos de nuestra Revista por incluir a más estudiantes han acrecentado. Intervenir en la realidad no es una tarea fácil, pero hacerlo en conjunto es también lo que nos hace —y lo que hace más de 60 años nos ha hecho— *Lecciones y Ensayos*.

CONSEJO DE REDACCIÓN

IN MEMORIAM DE JOSÉ OSVALDO CASÁS (1942-2019)

El Consejo de Redacción de *Lecciones y Ensayos* recuerda al doctor José Osvaldo Casás, quien integraba el Consejo Asesor de nuestra revista.

EN RECUERDO DEL PROFESOR JOSÉ OSVALDO CASÁS

HORACIO CORTI

Agradezco a los editores de *Lecciones y Ensayos* que hayan considerado necesario hacer un reconocimiento al Profesor José Osvaldo Casás y que me hayan dado la posibilidad de escribir unas breves palabras.

Ante todo, es preciso destacar las cualidades humanas de José, que son aquellas que definen sustancialmente a las personas. Él reunía características que difícilmente encontremos reunidas en una misma persona. Increíblemente generoso, siempre estaba dispuesto a compartir sus conocimientos, a abrir las puertas de su cátedra, a facilitar las publicaciones. También confiaba en cada uno que se acercaba a él, sin preguntas ni prevenciones. Estimulaba el estudio y la investigación. Y todo ello, por supuesto, sin necesidad de coincidir con su propio pensamiento. Su exigencia era, para aquellos que nos consideramos sus discípulos, que nos dediquemos con la mayor profundidad y rigurosidad posible.

Evidentemente, José fue, y sigue siendo, porque siempre estará con nosotros, un verdadero Maestro.

Quisiera recordar algunos aspectos de enorme compromiso con nuestra Facultad de Derecho y nuestra Universidad de Buenos Aires.

Se incorporó como Profesor adjunto regular, como muchos otros, luego de la recuperación de nuestra democracia. Luego fue designado Profesor titular regular, gracias a un concurso en el que ocupó el primer lugar en el orden de mérito. Ello, en 1998. Más tarde fue designado, en 2008, Profesor Emérito. Sus alumnos siempre recordarán sus clases, su entusiasmo, el estilo de sus frases, con múltiples referencias doctrinarias y jurisprudenciales, en particular de la Corte Suprema de Justicia, a la que conocía con una minuciosidad única, desde el primer tomo de Fallos hasta la última sentencia dictada.

También fue profesor de la Carrera de Especialización (ser egresado de ella era uno de sus orgullos) en la asignatura Derecho Constitucional Tributario (una de sus grandes pasiones) y sucedió a Esteban Urresti en su Dirección.

También fue miembro de la Comisión de Doctorado, de la Comisión de Profesores Eméritos, director de proyectos UBACyT, director de numerosas tesis y miembro del jurado de otras tantas y, por supuesto, miembro del Consejo de Redacción de la Revista *Lecciones y Ensayos* desde 2008, publicación a la que le tenía un afecto muy especial.

Pero estos datos, que sin duda son muy significativos, no pueden expresar el profundo sentimiento y compromiso que sentía por la universidad pública, por nuestra facultad y por nuestra materia, el Derecho Financiero. Siempre estuvo presente para acompañar a los sucesivos decanos en todas sus tareas, disponible para lo que fuese necesario.

En el caso particular de nuestra materia hay que señalar que ella dejó de ser obligatoria luego de la primera reforma del plan de estudios durante la renaciente democracia. A partir de allí trabajó sin descanso, junto a otros colegas, para que se reconociese la importancia fundamental de la disciplina, tarea coronada por el éxito al decidirse que la asignatura Finanzas Públicas y Derecho Tributario debía ser nuevamente obligatoria.

A su iniciativa también le debemos la conformación del Centro de Estudios de Derecho Financiero de la Facultad, ámbito de encuentro de profesores y de generación de actividades. A él también le debemos el proyecto de transformar en Maestría la Carrera de Especialización en Derecho Tributario, que pronto habrá de concretarse.

Por cierto, también fue profesor de otras casas de estudio, como la Universidad del Salvador (que también lo reconoció como Profesor Emérito), y recorrió, más de una vez intuyo, todas las universidades de nuestro país para dar clases o conferencias.

Es imposible enumerar aquí toda su producción académica. Solo me gustaría destacar algunos puntos. Su tesis de doctorado recibió el Premio Montes de Oca que reconoce a la mejor tesis de derecho constitucional, así como el premio Facultad, que distingue a la mejor tesis del año y que reúna un mérito excepcional. Luego se publicó con el título *Derechos y Garantías del Contribuyente (a partir del principio de reserva de ley tributaria)* y fue premiada por la Academia Brasileña de Derecho Tributario (que le otorgó el premio Dino Jarach), por la Asociación Argentina de Estudios Fiscales y por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales por el bienio 2001—2003 (y más tarde será nombrado miembro de dicha Academia). Más allá de dichas distinciones se trata de uno de los libros más importantes, exhaustivos y originales de nuestra

disciplina. Como decimos siempre entre amigos, es un verdadero tratado de Derecho Tributario.

Escribió otros libros, claros, entre ellos *Presión fiscal e inconstitucionalidad* en 1992 y *Carta de los derechos del contribuyente latinoamericano* en 2014.

Coordinó una gran cantidad de libros, coautor de otros tantos, escribió más de cien ensayos, redactó prólogos de libros, participó en más de cien conferencias nacionales, en muchísimas internacionales (seguía, claro, las jornadas del ILADT y era recibido y es recordado con sumo afecto en todas las instituciones y universidades que tuvieron el privilegio de contar con él, en toda Latinoamérica y Europa, fundamentalmente en España e Italia).

Y además de todo ello tuvo una enorme vida profesional. Ejerció la abogacía y el notariado, fue Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Subsecretario de Asuntos Legales de la Presidencia de la Nación, Asesor jurídico de la Comisión Federal de Impuestos, entre otros cargos.

Hago una mención aparte de su participación, desde sus inicios, del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tarea a la que se dedicó con su pasión y compromiso acostumbrados. Como reconocimiento, la Legislatura de la Ciudad lo nombró Ciudadano Ilustre. Son numerosos sus sentencias y votos particulares. Y, en lo relativo al Derecho Tributario local, sus votos son la concreción de décadas de estudio sobre el Derecho Financiero. Pero su compromiso más profundo era con la justicia, tal como él la sentía y pensaba.

No puedo dejar de señalar algunas cuestiones singulares.

En primer lugar, su texto sobre la igualdad de género (*Razones para la plena integración de la mujer en el Club Universitario de Buenos Aires*), publicado en 1996.

También dirigió un número de la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, editada por nuestra Facultad, dedicada a la tributación y a los Derechos Humanos, revelando la significación que les daba a estos últimos.

Luego, su compromiso con la Doctrina Social de la Iglesia, a la que consideraba fundamental para una comprensión justa y humana de nuestras realidades, siempre tan difíciles.

Sin duda que estas palabras son muy escasas frente a toda la apasionada vida que José les dedicó a los diferentes aspectos del Derecho (en las universidades, en la vida pública, en la producción científica). Serán necesarias muchas obras para poner en perspectiva toda esa tarea.

Quisiera terminar estas breves palabras diciendo que no seríamos quienes somos sin sus gestos, sus palabras y su afecto. Y como me dijo un amigo luego de la muerte de mi padre, gran amigo de José por otra parte, cuando a la noche miremos el cielo hay una estrella que siempre nos acompañará.

JOSÉ OSVALDO CASÁS

ENRIQUE BULIT GOÑI

I.

Afirmo, sin dudar, que fue el más destacado tributarista argentino de nuestra generación. Reconocido así en nuestro medio —el país entero— y en el exterior (Latinoamérica, España, Italia, Portugal).

José sabía Derecho, aun por fuera de su enorme especialidad en la materia fiscal. Tenía una sólida formación jurídica en todos los campos. Todas las ramas del Derecho le interesaban.

Era un verdadero investigador. Tenía un claro panorama de lo sustancial y sobre él recortaba los más recónditos detalles.

Era un docente nato. No solo en el aula, sino que su preocupación se extendía al mejoramiento institucional de las entidades a las que se vinculaba. De entre todas ellas, es obvio, la Facultad de Derecho de la UBA era, sin duda, la *nave insignia* de sus afectos, y de sus inquietudes.

II.

Su tesis doctoral en esta Facultad, al decir de uno de sus jurados fue “un verdadero tratado de derecho tributario pasado por el prisma del principio de legalidad o reserva de ley”. Diez sobresaliente y propuesta al Premio Facultad, fue el justo reconocimiento a su enorme esfuerzo, característico de todas las tareas que emprendía.

Lo celebramos esa noche con un grupo de amigos, y le entregué un verso cuya primera estrofa decía: “*García Belsunce, Cassagne y Mairal/ Formaban el jurado, nada menos/ Se presentaba el mejor entre los buenos/*

A defender su tesis doctoral". Y afloraba su sonrisa buena, su gesto comprensivo ante la mala poesía, o su carcajada estentórea, según los pasajes.

III.

Su partida el 9 de febrero pasado, nos acongoja todavía.

No por anunciada tras años de denodada lucha, la desaparición física del amigo entrañable, del oráculo generoso para la consulta cotidiana, del fogonero entusiasta y respaldo de todas las iniciativas o proyectos, ha dejado un enorme vacío.

Solo lo llena y consuela parcialmente, la constatación de todo cuanto la vida le permitió realizar, aunque ello evanece al reparar cuánto tenía todavía para regalarnos en tantos planos. "A nosotros, a nuestra posteridad y a todos los hombres del mundo que quieran abordar la materia tributaria".

IV.

Por sobre toda otra consideración, fue para mí el amigo singular. Tengo muchos y muy buenos, de distintas fuentes —la infancia, la universidad, el básquet, la política, la profesión, la academia—, pero que me disculpen todos: lo de José fue distinto.

Nacimos con 20 días de diferencia, aunque él aquí y yo en Mercedes. Cursamos esta misma Facultad en el mismo tiempo, aunque sin conocernos. Comenzamos ambos enseñando en la Universidad del Salvador durante años —uno en cada una de las dos cátedras—, y tampoco nos cruzamos nunca.

Recién en 1985 fuimos convocados ambos, entre otros, a integrar un panel para el tratamiento integral del Ahorro Obligatorio, uno de los *no natos tributarios* ya olvidados.

Pegamos onda de inmediato, y allí nació una amistad de tal solidez, de calidad, probada y acrisolada de tal modo, que me permite afirmar lo que he dicho. Es como si la vida hubiese demorado adrede nuestro encuentro, a la espera del punto de maduración de cada uno.

V.

Nos entusiasmos juntos con la Asociación Argentina de Estudios Fiscales y con el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario. Cuando me tocó presidir la primera, José fue mi secretario. En el segundo, integramos durante años el Directorio, como titular y alterno rotativamente por los abogados argentinos.

Viajamos con nuestras esposas por el mundo en “modo tributario”; conocimos en persona a la doctrina extranjera de mayor prestigio; nos intercambiamos la mejor bibliografía que íbamos descubriendo. Completamos juntos la colección de “Fallos” en una tarea que duró años, fotocopiando aquí y allá los ejemplares faltantes.

Las dedicatorias en sus libros constituyen para mí el bien más preciado de mi biblioteca.

VI.

Compartimos durante años la asesoría jurídica de la Comisión Federal de Impuestos, lo que nos permitió conocer los entresijos del federalismo argentino, y nos afianzó con la práctica en nuestra afición común por la tributación local, por la interjurisdiccional, por los enfoques de orden constitucional.

Convertía en tierra fértil todo lo que abordaba; descubría facetas ocultas en todos los repliegues del Derecho, de las relaciones financieras entre los fiscos, y los profundizaba, aunque no siempre con el debido aprovechamiento de los destinatarios.

VII.

En la Procuración General de la Nación —como Procuración Fiscal acompañando a su amigo Juan Octavio Gauna— dejó dictámenes señeros

(menciono el emitido en “Insúa Juan Pedro”, Fallos 310:1961). Y como juez del Superior Tribunal de Justicia de la CABA —al que prestigió desde su fundación hasta su muerte—, la recopilación y el estudio de sus votos es tarea que se le adeuda desde ya al campo del Derecho Público.

Como profesor de esta y otras universidades, sus alumnos son legión. Hasta cada momento, amigo inolvidable.

LECCIONES

NI INTEPRETATIVISMO NI FORMALISMO: CÓMO CONSTRUIR UNA PRÁCTICA JURÍDICA AJENA A LOS EXTREMOS*

JONAS ELFMAN**

Resumen: El artículo explora dos tendencias interpretativas actuales que parecen confluir en la práctica jurídica de nuestro país para aplicar el derecho (el interpretativismo y el formalismo) cuya nota distintiva se asienta sobre el hecho de que ambas representarían versiones distorsionadas de los dos grandes modelos judiciales occidentales (el *common law* y el derecho continental) y, como tales, ambas tendencias conspiran contra la posibilidad de construir una práctica jurídica consistente.

Palabras clave: interpretativismo — formalismo — derecho — autoridad

Abstract: The article explores two current interpretative tendencies that seem to converge in the judicial practice of our country in the enforcement of the law (the interpretivism and the formalism) and which main characteristic derives from the fact that both seem to represent distorted versions of the two major occidental judicial models (the common law and the continental law) and, as such, both tendencies seem to conspire against the possibility to develop a consistent judicial practice.

Keywords: interpretativism — formalism — law — authority

“Você nao têm tuda a razão,
você tem só parte da razão,
mas a parte que você tem, não vale nada”¹

* Recepción del original: 19/02/2019. Aceptación: 01/04/2019.

** Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Palermo (UP) y Máster en Derecho por la Universidad de Nueva York (NYU). Agradezco los valiosos comentarios y observaciones de Julio Montero y Axel Eljatib. Todos los errores son propios.

1. “Usted no tiene razón, usted tiene parte de la razón, pero la parte que usted tiene, no vale nada” (respuesta que alguna vez ensayó un legislador brasileño frente a las críticas de su adversario).

I. INTRODUCCIÓN

Cualquier extranjero que alguna vez haya aterrizado en suelo argentino probablemente se haya encontrado con un curioso episodio que difícilmente haya podido pasar por alto. Como en todo vuelo, una vez efectivizado el aterrizaje, el comandante de abordaje solicita a los pasajeros que nadie se levante de su asiento hasta tanto la aeronave se encuentre completamente detenida y se apague la señal del cinturón de seguridad. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, en nuestro país, gran parte de los pasajeros suele ignorar esa orden. Es usual que los argentinos o parte de ellos se levanten con el avión en movimiento para descargar su equipaje de mano o formar la fila de descenso. Solo cuando el comandante detiene el avión en medio de la pista y reitera la orden (comunicación que suele ser transmitida con un tono de evidente fastidio), esos pasajeros se avienen a sentarse. Lo más llamativo es que la misma conducta no suele repetirse cuando el avión despegue de la Argentina y aterrice en un aeropuerto foráneo. En este caso, todos se muestran dispuestos a cumplir la orden desde el inicio, aun cuando nada ha cambiado, salvo claro, la jurisdicción en que la orden ha sido emitida.

El propósito de esta anécdota no es juzgar el comportamiento del pasajero argentino promedio sino remarcar la falta de apego a las reglas de nuestro país. Una de las principales facultades adaptativas desarrolladas por los seres humanos ha sido su capacidad para cooperar con otros a gran escala para la consecución de fines comunes.² Gracias a la conformación de comunidades políticas los seres humanos hemos sido capaces de dominar nuestro entorno, innovar y producir en forma masiva. La adopción de reglas sociales ha sido fundamental para el éxito de este particular fenómeno cooperativo. Especialmente, las normas jurídicas nos han permitido reducir costos de intercambio, arribar a acuerdos sociales o políticos y proporcionar razones para guiar nuestro accionar. De allí que

2. Con excepción de abejas y hormigas no es fácil imaginar otro tipo de especies que presenten esta misma cualidad adaptativa. El resto de las especies solo desarrolla mínimas formas cooperativas. No es casual entonces que al defender el rol del Leviatán y, por lo tanto, del derecho, Thomas Hobbes retome la clasificación aristotélica sobre las especies, argumentando que mientras las abejas y las hormigas cooperan en forma instintiva o natural, los seres humanos solo por intermedio de convenciones (reglas). Véase HOBBS, *Leviatán*, pp. 108-109.

la autoridad del derecho sea especialmente valorada en este proceso de construcción colectiva y desarrollo personal.³

En el campo académico se ha planteado un histórico debate respecto a la identificación del concepto del derecho. Los académicos se han preguntado qué es, en términos estrictos, el derecho o cuáles son sus propiedades esenciales (aquellas que lo definen y lo diferencian de otras prácticas sociales). El debate ha conducido a un histórico enfrentamiento entre dos corrientes cuya discrepancia se asienta sobre el rol de la moral en el derecho: el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Mientras los primeros afirman la existencia de una conexión necesaria entre uno y otro campo, los últimos la niegan. La "fórmula Radbruch" ("la injusticia extrema no es derecho")⁴ marcaría la línea divisoria entre ambas teorías.

Si bien, en principio, la controversia se reduciría a los criterios para identificar el derecho (criterios fácticos —positivistas—, consideraciones morales —iusnaturalistas—) y no necesariamente se vincula con su autoridad (para ambas concepciones las consideraciones morales tendrían un rol decisivo), la controversia parecería extenderse al rol de quienes se encuentran a cargo de aplicar las normas. Si las consideraciones morales tienen alguna entidad para definir el derecho, entonces el juez no debería aplicar una norma violatoria de principios morales fundacionales. Y viceversa, si la moral está excluida, entonces los principios morales no están llamados a jugar ningún rol en el derecho salvo expresa autorización de este último.⁵ A su vez, cada una de estas teorías tiene sus propios "campeones", autores que por su elocuencia, erudición o maestría se han destacado en la defensa de una u otra corriente de pensamiento.

La academia y la práctica judicial de nuestro país tienden a atravesar períodos de fascinación con cada uno de estos "popes del derecho" y, como consecuencia, con cada una de estas teorías, seguido por períodos de crítica y rechazo en el cual, quienes antes eran colocados en el pedestal, son luego responsabilizados y hasta ridiculizados por todos los males derivados de

3. Como sostenía Hobbes "No es la sabiduría, sino la autoridad la que crea el derecho", HOBBS, *Diálogo entre un filósofo y un...*, p. 6.

4. Véase ALEXY, *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*, p. 75.

5. Esta discusión parecería ser una desviación de la controversia original. Un positivista clásico no tendría inconvenientes en sostener que un sistema jurídico injusto (ej. el derecho nazi) no debería ser aplicado aun cuando ello no lo prive de su entidad normativa. En cambio, un iusnaturalista directamente negaría esa condición.

la práctica. Mientras el positivismo jurídico encabezado por Hans Kelsen y, en menor medida, por H. L. Hart supo dominar el arco académico y judicial argentino durante buena parte del siglo XX, hoy pareciera que sus detractores (Ronald Dworkin, Carlos Nino y Robert Alexy, entre otros) ocupan ese lugar, por lo menos, para buena parte de los académicos y jueces. A pesar de estos giros copernicanos en nuestras formas de concebir el derecho, nuestra aversión al cumplimiento de las normas y nuestra desconfianza en los órganos a cargo de aplicarlas parecieran ser las únicas variables que se mantienen constantes.

Aun así, continuamos encerrados en el mismo laberinto intelectual, atribuyéndonos culpas recíprocas por los fracasos de nuestra práctica jurídica, abogando por la adopción de modelos ideales de decisión judicial cuya mágica aplicación suponemos restituirán la confianza perdida en el sistema y nos devolverán al sendero del desarrollo. El reciente artículo publicado por el profesor Andrés Rosler en el que presenta una crítica extendida a las ideas de Ronald Dworkin a las cuales denomina "interpretativismo",⁶ sumado al discurso del Presidente de la Corte Suprema en la apertura del J20⁷ se inscriben en este debate de corrientes en pugna. Ambos reivindican el rol del "juez positivista" el cual aplica las normas con independencia de toda valoración personal sobre ellas ("Creonte" lo llama Rosler, en otras versiones se lo llama "Júpiter")⁸ en detrimento del "juez iusnaturalista" que emplea principios de justicia para lograr decisiones equitativas ("Hércules" lo llama Dworkin, en otras versiones se lo llama "Antígona" o "Hermes").⁹

Mi objetivo es mostrar cómo, más allá de la concepción del derecho que adoptemos, ambos modelos aplicados en forma distorsionada tienen

6. ROSLER, "Hermes o la continuación de Antígona...", pp. 1-27. A este artículo se le suman otros publicados en el blog "En disidencia" que retoman la misma línea argumental (JENSEN, "Acerca de los jueces legisladores", 28/09/18; PÉREZ SAMMARTINO, "El aborto y la magia de...", 28/09/18, entre otros).

7. Discurso del Presidente de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, Dr. Carlos Rosenkranz, durante la apertura de la primera reunión del J20, 9/10/2018.

8. OST, "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez", pp. 101-130.

9. OST, "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez", pp. 101-130. Si bien es cierto a través de la figura de Hermes (Dios del mensaje) el autor intenta construir una figura intermedia entre el modelo judicial kelseniano (Júpiter) y el modelo judicial dworkiniano (Hércules) su propuesta es perfectamente compatible con cualquiera de los dos modelos. De hecho, Rosler lo asocia con el segundo (ROSLER, "Hermes o la continuación de Antígona...").

similar capacidad para dañar la autoridad del derecho. Mi hipótesis es que el derecho, como cualquier práctica social, se asienta sobre la base de un conjunto de convenciones o reglas sociales que le confieren legitimidad. Estas convenciones apuntan a definir los alcances del modelo judicial articulando, por un lado, el concepto de independencia judicial y, por el otro, el marco de discrecionalidad judicial para aplicar las normas. En otras palabras, determinar el alcance de la independencia judicial o el grado de discrecionalidad del que disponen los jueces para interpretar las normas varía entre sistemas judiciales y depende de un conjunto de reglas presupuestas, dirigidas a definir las formas de creación del derecho y el rol del juez dentro del sistema constitucional.

Daría la impresión de que producto de nuestros sistemáticos vaivenes y giros institucionales no hemos sido capaces de desarrollar ese conjunto de reglas cohesionadas sobre el cual pararnos para evaluar la corrección de nuestra práctica judicial. Tendemos a importar modelos y oscilar entre extremos en función de los cambios que experimentamos en relación con el resultado de las decisiones judiciales.¹⁰ Si conformamos la decisión evaluada adherimos a ciertas reglas. Por el contrario, si discrepamos con ella, defendemos otras. Por ejemplo, demandamos mayor activismo judicial en materia de derechos y, simultáneamente, reclamamos mayor deferencia hacia las reglamentaciones de la autoridad legislativa en la misma materia. Esta suerte de "grouchismo institucional" ("estos son mis principios, si no le gustan, tengo otros" como afirmara el célebre comediante norteamericano), si bien no exclusivo de la práctica jurídica, es particularmente nocivo para la construcción de la autoridad del derecho en la medida en que mina toda posibilidad de desarrollar una práctica coherente capaz de darle sentido al rol de la Justicia.

A fin de ilustrar este problema presentaré los principales presupuestos de los dos modelos judiciales que parecen encontrarse en pugna detrás de este debate de ideas (el modelo continental y el modelo anglosajón — *common law*—) para luego describir dos derivaciones deformadas de su aplicación (el interpretativismo y el formalismo). Finalmente, intentaré verificar si es factible encontrar un lugar común desde donde construir nuestra práctica judicial.

10. Una crítica similar expresa Waldron sobre la forma en que se desarrolla el debate académico norteamericano sobre la legitimidad del control judicial de constitucionalidad. WALDRON, "The core of the case against..." p. 1346.

II. EL ROL DEL JUEZ: UN DEBATE MILENARIO

El debate acerca del rol de los jueces o el valor de las normas no es novedoso sino milenario. Desde la antigüedad se discute la postura que debe adoptarse frente a la ley. Así mientras Platón y Aristóteles desconfiaban de la posibilidad de estar sometidos a un "gobierno de leyes" (centralmente porque desconfiaban de su origen —la democracia ateniense—) eran celosos defensores del valor de las leyes y férreos críticos frente a la desobediencia civil.¹¹ La ley entre iguales era siempre preferible a la de cualquier individuo, en tanto solo la primera era fruto de la razón y, por lo tanto, virtuosa en su funcionamiento. Sin embargo, no desconocían que, en ciertas circunstancias, la pericia de los especialistas podía resultar más adecuada para arribar a una resolución equitativa del caso ante la imposibilidad de la ley de anticipar su aplicación a todos los supuestos o resultar intrínsecamente injusta.¹²

Más adelante en el tiempo encontramos el enfrentamiento entre Hobbes y los seguidores de Sir Edward Coke en torno a la aplicación del derecho natural y los principios del *common law*,¹³ cuyo antecedente más inmediato quedará expuesto en *The Ship Money case* (1637), antesala de la guerra civil inglesa.¹⁴ También la fascinación de Alexis de Tocqueville con la naciente democracia norteamericana, especialmente, con el decisivo rol de jueces y abogados para contener los abusos de "la tiranía de las asambleas políticas" (*the tyranny of political assemblies*).¹⁵ En cambio,

11. TAMANAHA, *On the Rule of Law, History...*, pp. 7-10.

12. TAMANAHA, *On the Rule of Law, History...*, p.10. De todas formas, la aplicación de la ley parece ser la mejor opción ante el riesgo de corrupción o tiranía de los hombres. Una suerte de estrategia aversiva al riesgo.

13. HOBBS, *Diálogo entre un filósofo y un...*, p.6.

14. El conflicto enfrentó al Rey Carlos I que pretendía reinstalar impuestos sobre embarcaciones basándose en prerrogativas reales medievales que sorteaban la competencia del Parlamento y los dueños de las embarcaciones que defendían su derecho de propiedad fundándose en los principios naturales del *common law*. La decisión en favor del Rey por parte de la Corte del Tesoro (*Court of Exchequer*) fue desobedecida por el Parlamento que inició un proceso de *impeachment* contra los jueces. Véase KOSKENNIEMI, "Sovereignty, Property and Empire...", pp. 355-389.

15. Véase DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America and Two Essays...*, p. 122. De Tocqueville describe a los abogados de esta nueva nación como una clase aristocrática que desarrolla un espíritu por las formas y el orden contrabalanceando el espíritu pasional del sistema

Jeremy Bentham nos presenta una crítica despiadada al funcionamiento del *common law*, al cual llamaba la "ley del perro" (*dog-law*) por su tendencia a permitir la aplicación de principios *ex post facto*. Como remedio postula un acercamiento al derecho continental a través de la sanción de Códigos que limiten la discrecionalidad judicial.¹⁶ También podemos encontrar, por un lado, la confianza depositada por A. V. Dicey y F. A. Hayek en los tribunales ingleses como fuente de autoridad para proteger los principios constitucionales del derecho inglés (*Rule of law*)¹⁷ y en la vereda opuesta,

democrático. El autor observa que, a diferencia de los abogados franceses, evaluados como ejecutores sin formación, los abogados anglosajones se encuentran a cargo de preservar e interpretar costumbres comunitarias ("El abogado francés es solo un hombre que aprende —*a man of learning*— pero el abogado inglés o americano recuerda de alguna manera el rol de los sacerdotes egipcios y, como ellos, actúa como únicos intérpretes de una ciencia oscura"; DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America and Two Essays...*, p. 312, traducción propia). Una crítica similar presenta Edmund Burke para diferenciar los abogados ingleses (guardianes de los principios comunitarios) de los franceses (burócratas). Véase BURKE, *Reflections on the Revolution in France* Ambos ven en el Poder Judicial el lugar natural de la aristocracia ("Si me preguntan dónde se encuentra la aristocracia americana, mi respuesta sería que no es entre los ricos que no tienen nada en común que los una. La aristocracia americana se encuentra en los colegios de abogados y en los estrados judiciales —*at the bar and on the bench*—", DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America and Two Essays...*, p. 313, traducción propia).

16. BENTHAM, "Truth Versus Ashhurst, Or, Law as...", pp. 231-237. "Son los jueces (como hemos visto) los que hacen el *common law* ¿Sabes cómo lo hacen? Al igual que un hombre hace leyes para su perro. Cuando tu perro hace algo por lo cual quieres castigarlo, primero esperas que lo haga, y solo después lo golpeas. Esa es la forma en que haces leyes para tu perro: y es la forma en que los jueces hacen las leyes para vos y para mí" (BENTHAM, "Truth Versus Ashhurst, Or, Law as...", p. 235 traducción propia). Cesare Beccaria intenta prevenir el mismo riesgo en su influyente tratado de reforma penal (BECCARIA, *Tratado de los Delitos y las Penas*). Al interior de la sociedad norteamericana las posiciones en torno al valor del *common law* tampoco eran uniformes. Véase KENT, *A Lecture, Introductory to a Course...*; SCOTUS, "Swift v. Tyson"; y RANTOUL, *An Oration Delivered Before the Democrats...* Mientras los dos primeros defienden la función interpretativa de los jueces, el segundo es sumamente crítico de este rol por razones análogas a las presentadas por Beccaria y Bentham.

17. Véase DICEY, *An Introduction to the Study of...* y HAYEK, *Law, Legislation and Liberty: A New...* Como lo destaca Tamanaha, inicialmente, Hayek presentaba ciertos reparos acerca de la compatibilidad entre los principios del *rule of law* y los rectores del derecho anglosajón basados en el poder creativo de los jueces. Posteriormente, adhirió a la visión clásica del *common law* que lo concibe como un sistema de formación de reglas espontáneo arraigado en los usos y costumbres comunitarios. Véase TAMANAHA, *On the Rule of Law, History...*

la visión de Max Weber para quien el desarrollo de una economía de mercado requiere contar con un sistema racional y formalista de normas cuya aplicación se encuentre en poder de un aparato burocrático que prescindiera de toda consideración moral.¹⁸ Al día de hoy, este debate sobre ventajas y desventajas de los sistemas judiciales se mantiene vigente.

Pocas veces reparamos en considerar que el funcionamiento de cada uno de estos modelos judiciales occidentales se encuentra condicionado por una tradición, una estructura y una lógica que le confiere autoridad. Mientras los sistemas de corte continental tienden a operar a través de organizaciones tecnocráticas piramidales que fomentan el espíritu de cuerpo de sus operadores, los sistemas anglosajones disponen de organizaciones descentralizadas con menor jerarquización de funciones en cuya estructura incluso intervienen legos en la aplicación del derecho (jurados). Los primeros, a diferencia de los segundos, conviven con un alto grado de codificación de normas que restringen el marco de decisión de los jueces y fomentan el empleo de una lógica deductiva en la resolución de conflictos. La corrección de la decisión judicial es evaluada en términos de fidelidad a la norma. Los segundos, en cambio, se valen de razonamientos pragmáticos y flexibles dirigidos a reconocer reglas y principios derivados de los usos y costumbres comunitarios. La corrección de sus decisiones se evalúa más en términos de equidad o razonabilidad que por su deferencia a la voluntad legislativa expresada en una norma positiva.¹⁹ De todas formas, la discrecionalidad judicial en este sistema encuentra su límite en la regla de precedente (*stare decisis*) que homogeniza y centraliza la interpretación en pocas manos, obligando a los jueces a atenerse a las reglas emergentes de las decisiones (*holding*) de sus predecesores.²⁰

La norma que por excelencia caracteriza el funcionamiento del derecho continental es el Código civil, compendio de reglas pensado para

pp. 69-70.

18. Weber jamás pudo brindar una explicación adecuada sobre las razones que permitieron a Inglaterra convertirse en la primera potencia industrial a pesar de no contar con un sistema formal de reglas como el sugerido por el autor. Véase TRUBEK, "Max Weber on law and...", p. 720.

19. Para una descripción más pormenorizada de las características de ambos modelos véase DAMASKA, *Las Caras de la Justicia...*, pp. 33-84.

20. Para un análisis sobre el funcionamiento de la regla de precedente véase GONZÁLEZ BERTOMEU, "¡Sin Precedentes!", pp. 1-63.

regular la vida entera de los seres humanos (desde su concepción hasta su muerte) y reducir al juez al rol de ejecutor ("*la bouche qui prononce les paroles de la loi*").²¹ En cambio, la norma que mejor refleja el espíritu del derecho anglosajón es la Constitución, manifiesto aglutinante del conjunto de principios políticos y prácticas comunitarias que los jueces están llamados a interpretar o proteger.²² El primero nace como un sistema de ruptura con el pasado (el *Ancien Régime*) pero recepta el formalismo de sus reglas heredado del derecho canónico. El segundo se autopercibe como un sistema de progresiva evolución de hábitos y costumbres.²³ Si bien con el tiempo el funcionamiento de ambos modelos ha tendido a acercarse a la luz de un proceso de constitucionalización de principios del derecho continental, por un lado, y de codificación de reglas en el derecho anglosajón, por el otro, subsisten rasgos que los distinguen. El modo en que se concibe la formación de los estudiantes de derecho en cada uno de estos modelos refleja estas diferencias.

Es evidente que las diferencias trazadas no cancelan ni restan valor al debate normativo que mantienen positivistas e iusnaturalistas sobre el concepto del derecho. De hecho, podemos encontrar autores de una u otra tradición en cada uno de estos sistemas. Sin embargo, su comprensión nos proporciona un panorama más amplio para evaluar el contexto y la consistencia de las ideas de los autores. Por ejemplo, si leemos a Ronald Dworkin dentro de la tradición del *common law* cobra más sentido su concepción del derecho como integridad de principios y no solo de reglas, su imagen del juez herculeano o su metáfora de la interpretación como la construcción de "una novela en cadena" (*enchained novel*).²⁴

21. "[L]a boca que pronuncia las palabras de la ley", MONTESQUIEU, *De L'Esprit des Lois*, p. 149.

22. Aun en Estados como Inglaterra donde no existe constitución escrita ni, por lo tanto, control judicial de constitucionalidad, los autores suelen invocar la noción de "la Constitución Antigua" (*The Ancient Constitution*) o de un "Derecho Fundamental" (*Fundamental Law*) para referenciar el conjunto de reglas y principios arraigados en la tradición de un pasado inmemorial. GREY, "Origins of the unwritten constitution: fundamental...", p. 843; POCKOCK, "Burke and the Ancient Constitution...", pp. 261-312.

23. Incluso aquellos Estados de raíz anglosajona que se emanciparon de Inglaterra y crearon nuevas instituciones parecen haber seguido una lógica evolutiva en ese proceso. Véase SCHWARTZ, *Reins of Power: A Constitutional History...*, p. 23.

24. Véase por ejemplo la reconstrucción que plantea T.R.S. Allan sobre la concepción del

Lo mismo podemos decir de otros autores como Kelsen dentro de la tradición continental.

Parecería existir entre ambas tradiciones una clara diferencia en la forma de concebir la noción de autoridad. Mientras la tradición continental defiende una noción robusta y centralizada de la autoridad (*L'État, c'est moi*), la tradición anglosajona abraza una concepción deflacionada y descentralizada que solo se expresa por la acción integrada de distintos actores (*King's in Parliament*).²⁵ En alguna medida, Hobbes es uno de los autores que mejor proyecta la imagen de autoridad del derecho continental (la monarquía absoluta) y Locke del derecho anglosajón (la monarquía parlamentaria), aun cuando ambos pertenecen a la misma tradición (el contractualismo) y escriben desde el mismo lugar (Inglaterra). No resulta casual entonces la influencia del primero en el derecho continental (por ejemplo, en el desarrollo de una concepción centralizada de soberanía proyectada por estos sistemas de reglas codificadas) y el segundo en el derecho anglosajón (por ejemplo, en los orígenes del derecho constitucional norteamericano).²⁶

El debate actual sobre el rol de la Justicia parece plantearse en torno a dos extremos que en algún punto ambos modelos judiciales tienen riesgo de reproducir. El temor al moralismo ideológico, por un lado, y al positivismo ideológico, por el otro. Como señala el profesor Martín Farrell ambas corrientes superpondrían la moral con lo legal pero en diferentes órdenes. El primero subordinaría completamente lo legal a lo moral, defendiendo la idea de que

derecho como integridad de reglas y principios de Dworkin como continuadora de la tradición que encarna Dicey, constitucionalista clásico del derecho inglés, ALLAN "Dworkin and Dicey: The Rule of...", p. 266.

25. Esta concepción deflacionada sobre la autoridad parece encontrar razones históricas en la necesidad antes que en la convicción política. La corona inglesa, a diferencia de sus competidoras continentales, carecía en sus orígenes de recursos propios para afrontar planes de defensa o expansión. Por lo tanto, desde el inicio requirió asociarse en forma estratégica con nobles y mercaderes para lograr subsistir. El desarrollo de las conocidas "Compañías", primitivas asociaciones de capitales públicos y privados que caracterizaron el colonialismo inglés, reflejan este particular modelo de gobierno. KOSKENNIEMI, "Sovereignty, Property and Empire: Early Modern...", pp. 361-366.

26. De acuerdo con Schwartz los revolucionarios estuvieron principalmente influidos por dos autores: John Locke de quien extrajeron la noción de un gobierno constitucional y, especialmente, Sir Edward Coke de quien tomaron la idea de "la supremacía del derecho" o de "un derecho fundamental". SCHWARTZ, *Reins of Power: A Constitutional History...*, pp. 3-5.

para ser legal una norma antes debe ser moral (recordemos que el iusnaturalismo clásico solo rechazaba sistemas normativos extremadamente injustos). El segundo funciona con una lógica inversa (subordinando completamente lo moral a lo legal). Los principios solo tendrían entidad moral en la medida que antes cuenten con reconocimiento legal.²⁷ Como es fácilmente observable, ambas concepciones eliminan toda distinción entre la moral y el derecho.

En la medida en que ambas concepciones se canalizarían a través de la interpretación del derecho, se podría denominar a los primeros "interpretativistas" y a los segundos "formalistas". Los primeros se valdrían de la interpretación del derecho como excusa para resolver casos en base a consideraciones morales del intérprete. Los segundos negarían el problema interpretativo de las normas o lo reducirían a una operación mecánica ocultando la visión moral del intérprete. Si bien ninguno de los modelos judiciales está exento de incurrir en cada una estas prácticas, dada su propia tradición y su propia estructura de funcionamiento, el modelo anglosajón sería más permeable al primer extremo y el continental al segundo. Un sistema que confiere cierto grado de discrecionalidad a los jueces para interpretar o, incluso, crear reglas incrementa sus posibilidades de que se empleen principios, no ya como hechos sociales derivados de la práctica sino como hechos morales. En cambio, un sistema que demanda un alto grado de deferencia hacia el legislador y condena la discrecionalidad del juez puede llevar a negar la interpretación, aun cuando ella fuera inevitable.²⁸ Seguidamente analizaré ambos extremos.

III. LA INTERPRETACIÓN COMO EXCUSA

En el primer extremo encontramos una tendencia actual bastante difundida, entre cuyos exponentes suele situarse al profesor Ronald

27. FARRELL, "An obsession with unity".

28. Algunos autores discrepan con esta evaluación. Por ejemplo, Fletcher interpreta que en el derecho continental la norma se impone como un absoluto y son los jueces quienes introducen excepciones en base a consideraciones extrajurídicas (razonamiento estructurado lo llama), mientras que en el *common law* la noción de grados (razonabilidad) se encuentra incorporada en la base de la argumentación jurídica (razonamiento plano lo llama). Por ello el autor asocia las ideas de Hart con el derecho anglosajón y las de Dworkin con el derecho continental. FLETCHER, *Lo Justo y Lo Razonable*.

Dworkin, de concebir al derecho como una práctica interpretativa cuyo alcance siempre depende de consideraciones valorativas. La aplicación de una norma siempre requeriría de un proceso hermenéutico previo dirigido a delimitar su alcance, proceso que permitiría reconocer tantas soluciones jurídicas como intérpretes a cargo de aplicar las normas. Sin embargo, esta primera concepción del derecho se complementa con una segunda tesis sobre la corrección moral de las interpretaciones. Para el autor no cualquier interpretación sería aceptable, sino solo aquellas que mejor reconstruyen y justifican la práctica objeto de interpretación, teniendo en cuenta todos los elementos del ordenamiento (reglas, instituciones, principios).²⁹ En particular, los principios de justicia conferirían un marco objetivo para guiar y juzgar la corrección de las interpretaciones los cuales se encontrarían reflejados en las normas y precedentes judiciales elaborados en el tiempo, pero cuyo origen es de orden moral y se encontrarían asociados con la tradición liberal.

Desde esta concepción entonces la interpretación de las normas no se daría en el vacío, sino que estaría circunscripta y condicionada por esta práctica exegética que acotaría el margen de cada intérprete para llevar a cabo su función. Dworkin ilustra este proceso a través de la "novela en cadena", obra colectiva elaborada en el tiempo por diferentes autores. La obra como tal solo cobraría sentido si cada uno de sus autores ajusta su aporte intelectual al relato argumental de sus predecesores, pero sin que ello implique anular su sello personal en la historia. Dicho aporte implica para el autor tanto un ejercicio interpretativo como creativo.³⁰

Rosler traza una distinción conceptual bastante intuitiva para cuestionar la primera tesis sobre la noción interpretativa del derecho. Distingue aquello que en sentido estricto supone interpretar respecto de aquello que en sentido estricto significa comprender (o interpretar en sentido amplio). Como lo expresa el autor:

29. Dworkin clasifica el proceso interpretativo en tres etapas: la etapa preinterpretativa donde el intérprete identifica el material objeto de interpretación, la etapa interpretativa en la que le imprime y justifica el valor o propósito de la práctica evaluada y la etapa postinterpretativa donde ajusta el valor asignado a la práctica interpretada para verificar si es consistente con su meta o espíritu descartando o modificando aquellos elementos que no la reciben en su mejor forma o "en su mejor luz". DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 65-66.

30. DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 228-231. Véase también DWORKIN, "En qué se parece el derecho...", pp. 191-215.

“Decimos que interpretamos a X cuando no lo comprendemos y, para hacerlo, lo explicamos en términos de Y, que sí comprendemos, obviamente sin tener que interpretarlo y, al menos, si deseamos evitar una regresión al infinito... Existe entonces, un círculo hermenéutico asegurado por nuestras capacidades naturales y por las convenciones sociales. Es en estos términos que podemos hablar de un ‘nivel cero’ de interpretación. Después de todo, es sobre la base de lo que ya comprendemos que podemos interpretar, del mismo modo que es sobre lo que estamos de acuerdo que podemos saber que tenemos un desacuerdo sobre otra cosa... nos hemos habituado a hablar de la interpretación como el género al que pertenece la actividad en la cual nos embarcamos cada vez que deseamos conocer el significado de algo. Es por eso que debemos estar alertas y distinguir entre la interpretación en sentido amplio —que prefiero llamar ‘comprensión’— y la interpretación en sentido estricto —que prefiero llamar ‘interpretación’ precisamente— [...]. La distinción se debe, en realidad, al diferente esfuerzo intelectual que exigen ambas actividades... la cuestión no es terminológica sino ontológica, por así decir, ya que se trata de dos actividades diferentes.³¹

Como afirma el autor, no siempre que estamos en presencia de una convención como el derecho nos vemos obligados a “interpretarlo” para comprenderlo o aplicarlo, al menos, en un sentido estricto. En muchas situaciones el intérprete se limita a comprender y ejecutar la norma sin necesidad de llevar a cabo un proceso interpretativo, por lo menos, uno complejo. Cada persona dispone de ciertas convenciones de base o conceptos preaprendidos que funcionan como soporte para comprender y, llegado al caso, interpretar otras convenciones (“nivel hermenéutico cero”, como señala Rosler). De lo contrario, la interpretación como tal sería imposible en tanto todo concepto sería objeto de desacuerdo y, como consecuencia, pasible de ser interpretado. Quedaríamos virtualmente atrapados en una regresión al infinito. A través del empleo de convenciones sociales como el derecho justamente buscamos sortear este conflicto.

Si confrontáramos alguno de los tantos pasajeros que se ha levantado con la aeronave en movimiento para exigirle que nos explique por qué ha desobedecido la orden del comandante y este argumentara haber interpretado la existencia de una excepción aplicable a su caso (ser argentino

31. ROSLER, “Hermes o la continuación de Antígona...”, pp. 9-10.

digamos), pensaríamos que no ha comprendido la orden o, simplemente, que nos está tomando el pelo. En cambio, dudo que alguien estaría dispuesto a aceptar esa explicación o considerar que estamos en presencia de un "problema interpretativo" en tanto el contenido de la orden es suficientemente claro para ser aplicado.³² Lo mismo podemos decir sobre las normas jurídicas. En distintos casos el contenido de las reglas es suficientemente claro o evidente para ser ejecutado. Solo cuando su alcance resulta oscuro o dudoso (o absurdo) y, por lo tanto, existe más de un sentido posible de ser asignado es que estrictamente procedemos a interpretarlas. Hart llamaba a los primeros "casos claros" (o fáciles) para diferenciarlos de los segundos ("casos complejos" —o difíciles—) en los cuales más de una solución puede resultar plausible en la aplicación de la norma y, por lo tanto, resulta problemático plantear un sentido de corrección en la interpretación del derecho dentro de este acotado rango de posibilidades conferido por la regla.³³

Desde un principio Dworkin intentó rebatir esta tesis demostrando que aun en casos difíciles resulta factible encontrar una respuesta correcta en el derecho.³⁴ Sin embargo, daría la impresión de que llevó su concepción aun más lejos (quizás sin pretenderlo). A través del caso "Riggs vs. Palmer",³⁵ Dworkin parece haber eliminado toda distinción entre casos fáciles y casos difíciles o entre comprensión e interpretación. Más allá de que la vaguedad de los términos empleados para definir la complejidad de un caso ("fácil" / "difícil") puede generar desacuerdos a la hora de identificar el tipo de caso ante el cual nos encontramos, sería un error suponer que dicha circuns-

32. Asumimos que todos los pasajeros comprenden el contenido de la orden: qué es un asiento, un cinturón; qué significa mantenerlo abrochado; cuándo se apagará la señal y, más importante, que el término "nadie se levante" abarca a todos los pasajeros sin excepción.

33. HART, *El Concepto del Derecho*, pp. 155-191. Cabe destacar que la discrecionalidad reconocida por el autor no equivale a admitir arbitrariedad. Habría un abanico limitado de posibilidades determinado por la regla de textura abierta o con zonas de penumbra entre las cuales el intérprete puede elegir.

34. DWORKIN, "¿Puede ser que no haya una respuesta...", pp. 159-190. Muchas veces se ha exagerado la tesis de corrección de Dworkin respecto a los casos difíciles argumentando que el autor pretendía defender la existencia de una única respuesta frente a casos complejos. En realidad, pareciera que su propuesta es más minimalista. Simplemente apunta argumentar que la solución se encuentra dentro de los márgenes del derecho y no fuera de este como defienden autores positivistas.

35. New York Court of Appeals, "Riggs vs. Palmer".

tancia elimina toda diferencia sobre la naturaleza de los casos o sobre el proceso cognitivo de reglas.

El caso mencionado discutía el derecho de un heredero (Elmer Palmer) de suceder a su abuelo (Francis Palmer), a quien había envenenado para evitar que modificara el testamento realizado a su favor. Luego de ser encarcelado, las hijas de la víctima solicitaron a la Justicia civil que anulara el testamento. Aun cuando por ese entonces el asesinato del causante no estaba previsto como causal de desheredación por la ley de Nueva York y los precedentes judiciales en la materia avalaban la postura de Elmer, la Corte de Apelaciones de Nueva York, en un fallo dividido, determinó que no tenía derecho a heredar. Habilitarlo, entendieron, violaría el principio que impide beneficiarse del propio accionar ilícito.³⁶ El caso fue utilizado por Dworkin para demostrar cómo operan los principios de justicia en el razonamiento jurídico, atacando así los presupuestos normativos del positivismo jurídico para el cual solo los hechos sociales o las fuentes conforman el derecho. Pero sus efectos pueden ser leídos de otra forma. Ahora, cualquier regla jurídica por más clara y sencilla que resulte siempre podría ser juzgada a la luz de un principio que por su propia naturaleza tendería a imponerse.³⁷

Como recuerda Farrell la mayor parte de los esfuerzos positivistas por responder esta objeción fueron puestos en demostrar cómo la regla de reconocimiento podía ser perfectamente compatible con la noción de principios de Dworkin, en la medida en que esta regla podía incluirlos. Sin embargo, la respuesta brindada por los positivistas no parece haber sido el razonamiento seguido por el voto mayoritario del caso.³⁸ Dichos jueces no

36. La minoría, en cambio, se acogió a la solución legislativa, remarcando que, si fuera por meras consideraciones de equidad, el caso debería resolverse en favor de los actores pero desestimaron que ese rol corresponda al juez. La noción de "equidad", en este caso, no está planteada con relación a una práctica comunitaria incumplida como veremos más adelante sino en términos absolutos como adhesión a un valor moral sobre aquello que es justo.

37. Existen dos lecturas que pueden llevarse a cabo sobre el alcance que Dworkin asigna a la noción de principios. La primera lo asocia con la postura del iusnaturalismo clásico interpretando que la idea de principios debe entenderse en términos de "corrección moral". La segunda, como veremos más adelante, como el reflejo o la proyección de una práctica comunitaria llevada a un plano más general cuyo alcance puede ser probado independientemente de la postura del intérprete sobre su valor moral.

38. Para un análisis pormenorizado sobre el debate en torno al caso véase FARRELL, "Positivismo Jurídico: Dejen que herede Palmer", pp. 63-84.

dudaban acerca del material jurídico aplicable ni sobre su alcance. Simplemente, consideraron que la norma sucesoria y los precedentes judiciales aplicables eran inaceptables a la luz de consideraciones morales.³⁹ Por lo tanto, en sentido estricto, no había ningún problema interpretativo sobre el sentido de las reglas en cuestión. En todo caso, se planteaba un conflicto moral con su contenido. En otras palabras, el caso "Riggs vs. Palmer" era por así decirlo un "caso fácil" solo que la solución normativa fue considerada irrazonable y, por lo tanto, inaplicable.⁴⁰

De todas formas, la "lógica Riggs" no parece ser el razonamiento empleado por los jueces en el derecho anglosajón para aplicar el derecho. No creo que ningún sistema pueda funcionar con esta lógica salvo uno que presuponga un poder absoluto de los jueces para juzgar el contenido moral

39. Probablemente Dworkin argumentaría que la posición de los jueces no reflejaba una posición meramente moral sino jurídica en la medida en que el principio aplicado formaba parte de ese sistema normativo. En definitiva, este parece el debate central que Dworkin mantiene con el positivismo. Sin embargo, en el caso en cuestión, no existe clara evidencia de que el principio invocado forme parte del sistema jurídico norteamericano, por lo menos, con el alcance atribuido. Ello surge tanto de los precedentes judiciales aplicables como del valor que en el derecho anglosajón tradicionalmente se le ha dado a la autonomía de la voluntad, en especial, a las decisiones de última voluntad. De hecho, la principal fuente "normativa" utilizada por el voto mayoritario para avalar la aplicación del principio no es otra que la noción aristotélica de "equidad" entendida como "justicia". Dicha circunstancia permitiría abonar la sospecha de aquellos que vinculan a Dworkin con el iusnaturalismo o, aún peor, con una suerte de moralismo ideológico. FARRELL, "An Obsession with Unity".

40. La facilidad o simpleza de un caso no dice nada acerca de la moralidad, conveniencia o razonabilidad de su solución. Por ejemplo, si el Estado dictara una ley que autorizara a las fuerzas de seguridad a aplicar mecanismos de tortura para la investigación de graves delitos (ej. terrorismo) y al oficial a cargo de un interrogatorio se le ordenara torturar a un presunto terrorista para obtener valiosa información, no habría ninguna duda acerca de la claridad de la orden o la competencia de su superior para dictarla, sin perjuicio de la inmoralidad de la orden. En otras palabras, el oficial debería negarse a cumplir la orden no por razones jurídicas sino por razones morales. Lo mismo podemos decir del caso New York Court of Appeals, "Riggs vs. Palmer". Al igual que lo decidido en el caso CSJN, "Saguir y Dib, Claudia Graciela", en el que se autorizó la ablación de un órgano de una menor próxima a adquirir la mayoría de edad para salvar la vida de su hermano en contradicción con las rígidas pautas de la ley de trasplante de órganos entonces vigente que solo autorizaban esta práctica respecto de mayores, la mentada interpretación de la regla luce como un pretexto dirigido a corregir o sortear un resultado legal palmariamente injusto. Si bien este criterio para derrotar o excluir normas jurídicas en casos extremos puede ser aceptado, no puede hacerse valer como regla. De lo contrario, se dañaría en forma irremediable la autoridad del derecho.

de las normas o, directamente, con facultades para dictarlas. En el mundo anglosajón, la faz creativa o interpretativa de los jueces se expresa como un proceso de paulatino desarrollo a través de los precedentes judiciales en ausencia de normas formales aplicables (lagunas) o cuando la aplicación de esas reglas resulta oscura o dudosa. Si bien es cierto que, en comparación con el modelo continental, los jueces disponen de un marco más laxo para decidir cómo aplicar las normas, el ejercicio de dicha facultad justamente es posible ante la menor presencia de normas formales o la existencia de un espectro normativo más amplio.⁴¹ En cambio, no crean reglas desconociendo normas aplicables, salvo que estas violen otras normas de superior jerarquía en cuyo caso juzgan su compatibilidad.

Aun en el campo del derecho constitucional en el que precisamente el marco interpretativo de las normas es por definición más amplio y controvertido que el resto del ordenamiento,⁴² las decisiones judiciales no se basan en consideraciones morales de los jueces sobre la corrección de las normas, al menos, como regla. Por lo general, en aquellos casos que deben interpretar su alcance, el peso de la decisión está dirigido a identificar el valor subyacente a la norma constitucional analizada. El juez intenta identificar aquellos valores que han sido reconocidos y protegidos por la comunidad a lo largo del tiempo y que se encuentran enraizados en su tradición y reflejados en dicha norma. Ese reconocimiento se encuentra

41. El uso de la regla de precedentes genera un ejercicio interpretativo de por sí en tanto confiere cierto poder hermenéutico a cargo de quien debe aplicar el precedente. Primero para delimitar la regla que se desprende del fallo (*holding* o *ratio decidendi*), no debemos olvidar que el precedente a diferencia del fallo plenario no está formulado como regla general sino como caso particular. Segundo para determinar si la regla es aplicable a su caso. La existencia de algunas divergencias de hecho con el caso analizado podrían bastar para excluirlo. GONZÁLEZ BERTOMEU, "¡Sin Precedentes!", pp. 1-63.

42. El carácter controversial del texto constitucional refiere a que varias de sus cláusulas apelan a conceptos polémicos tales como libertad, igualdad o democracia en los cuales los desacuerdos no se plantean en la periferia sino en el núcleo o en la definición misma del concepto (GALLIE, "Essentially contested concepts", pp. 167-198). Ello significa que el posicionamiento político del intérprete tiene entidad para definir su significado. Sin embargo, como remarca Rosler, aun ante conceptos controvertidos o polémicos, existen mínimas definiciones que el intérprete debería aceptar o compartir para emplearlos cabalmente (ROSLER, "Hermes o la continuación de Antígona..."). Por ejemplo, si alguien invocara el término "democracia" sin aceptar la regla de la mayoría como criterio de decisión no estaría realmente hablando de ese concepto de la misma forma que si entendiera el término "libertad" como sometimiento o "igualdad" como discriminación.

fuertemente condicionado por el pasado (rol que cumplen los precedentes) sin que esté excluida la posibilidad adaptación progresiva de esos principios.⁴³ Por lo tanto, el juez anglosajón actuaría más como un guardián de hábitos y costumbres comunitarias que como una fuente de corrección moral dirigido a sentar o definir escala de valores conforme a una teoría moral.⁴⁴ Si bien el alcance de un hábito o una costumbre no es acabado y pueden surgir desacuerdos sobre su alcance que darían origen a nuevos problemas interpretativos (en especial, si tenemos en cuenta que más de una tradición puede encontrarse en juego),⁴⁵ en aquellos períodos en que

43. La reconstrucción de convenciones y prácticas comunitarias ha sido importante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos para interpretar el alcance de la cláusula sobre debido proceso sustantivo (*Substantive Due Process*) como señala el profesor SUNSTEIN, "Sexual Orientation and the Constitution...", p. 1161-1179. Pero también, a diferencia de la opinión de este autor, la historia ha sido un factor relevante para interpretar el alcance la cláusula de igualdad ante la ley (*Equal Protection Clause*) a fin de poder evaluar el tipo de protección que cabe reconocer a grupos tradicionalmente desfavorecidos o excluidos. Véase, YOUNG, "Rediscovering conservatism: Burkean political theory and...", p. 690, nota al pie 354. El peso sobre el valor del precedente se ha visto en diferentes casos de relevancia como SCOTUS, "Planned Parenthood vs. Casey" en el cual, a pesar de que la mayoría conservadora entonces dominante en el supremo tribunal discrepaba con línea argumental del caso SCOTUS, "Roe vs. Wade", que legalizó el aborto, ratificó su *holding* entendiendo que sería imprudente revocarlo de acuerdo con las expectativas sociales generada por el fallo y ante la necesidad de defender la consistencia de sus decisiones. Por lo general, las cortes más conservadoras han apelado a interpretaciones más originalistas y las más progresistas dinamistas del texto constitucional, pero ambas intentan establecer un vínculo entre la interpretación que presentan y un pasado que refleja los principios comunitarios. Por ello, el mayor desafío de este sistema, como cualquiera basado en el peso de la tradición, se plantea cuando la decisión judicial produce una ruptura directa con el precedente aplicable.

44. En este sentido, la metáfora de la novela en cadena captura el funcionamiento de la regla del precedente propia del derecho anglosajón a pesar de no ser una metáfora del todo novedosa. Ya Edmund Burke había empleado una metáfora similar para justificar el valor de la tradición. Burke hablaba de la tradición como la construcción de un edificio a través de diferentes generaciones.

45. En algunos casos es inevitable para el juez establecer o definir un orden de valores de tradiciones que entran en conflicto como ocurre en el caso SCOTUS, "Marsh vs. Chambers" en el cual la Corte tuvo que determinar si la práctica de la legislatura del Estado de Nebraska de contratar un capellán para el inicio de las sesiones legislativas violaba la cláusula constitucional que prohíbe al Congreso Federal establecer una religión (*Establishment Clause*). La decisión no supone proyectar un orden personal de valores o la adopción de una teoría moral sobre lo justo. El juez intenta reconstruir el orden que la comunidad le ha

los jueces pretendieron apartarse de las restricciones hermenéuticas impuestas por las normas constitucionales o valerse del peso de la tradición para imponer su propio criterio de corrección sobre las normas, su autoridad muchas veces quedó profundamente dañada.⁴⁶

Tal vez, si dejamos de lado el caso "Riggs vs. Palmer" y leemos a Dworkin desde esta óptica anclada más en el peso de la tradición y las convenciones que en la corrección moral de la interpretación o, mejor expresado, si la corrección se entiende como la mejor reconstrucción de los valores de una comunidad enraizados en sus tradiciones, la teoría de Dworkin, como parece advertir Rosler en una nota al pie hacia el final de

dado a esos valores en conflicto plasmados por el texto constitucional (la solución justa estaría delimitada por las normas constitucionales). En el caso, la Corte avaló dicha práctica haciendo hincapié en sus orígenes y en su mantenimiento en el tiempo incluso por quienes adoptaron la Enmienda, amén de aplicar un test para evaluar casos de legislación religiosa conocido como *Lemon test* (SCOTUS, "Lemon vs. Kurtzman"). Recientemente, el tema volvió a plantearse respecto a oraciones en reuniones de un ayuntamiento municipal en el caso SCOTUS, "Town of Greece vs. Galloway". La Corte volvió a ratificar la validez de dicha práctica con similares argumentos, si bien la minoría expuso las diferencias de hecho que subsistían con el caso "Marsh" y permitían apartarse de la doctrina emergente de ese precedente. SCOTUS, "Marsh vs. Chambers", voto en disidencia de la Jueza Kagan.

46. Probablemente, uno de los periodos más recordados tuvo lugar a principios del siglo XX cuando la Corte Estadounidense se enfrentó con el gobierno federal luego de declarar inconstitucionales las primeras normas de protección laboral y aquellas dirigidas a regular la competencia entre Estados (limitación de jornada laboral, protección federal contra el trabajo infantil, salario mínimo de trabajadoras) basándose en los principios económicos del libre mercado —*laissez faire*— que proyectaron a la Constitución (SCOTUS, "Lochner vs. New York"; SCOTUS "Hammer vs. Dagenhart"; SCOTUS, "Adkins vs. Children's Hospital). La controversia con el poder político escaló a tal punto que el Presidente Roosevelt propuso limitar la edad de los jueces federales y ampliar el número de miembros de la Corte Suprema (ROOSEVELT, "Fireside Chat", 09/03/1937; BREST, LEVINSON, BALKIN y otros, *Processes of Constitutional Decisionmaking*, pp. 626-630). Por entonces, Roosevelt defendía su proyecto argumentando: "Quiero una Corte Suprema que haga justicia bajo la Constitución —no sobre ella—. En nuestras cortes queremos un gobierno de leyes no de hombres. Quiero —como todos los norteamericanos— un poder judicial independiente como propusieron los redactores de la Constitución. Eso significa una Corte Suprema que aplique la Constitución como está escrita —que se va a negar a reformar la Constitución a través del ejercicio arbitrario del poder judicial— o reformarla a través de la opinión judicial (*judicial say so*)" (pp. 627-628, traducción propia). Si bien la propuesta no prosperó, rápidamente impulsó un cambio jurisprudencial por parte del máximo tribunal de ese país (SCOTUS, "West Coast Hotel vs. Parrish"; SCOTUS, "NLRB vs. Jones & Laughlin Steel Corp").

su artículo, nos ofrece una reconstrucción cercana a la forma en que se desarrolla el sistema anglosajón.⁴⁷ Podemos encontrar cierta objetividad en la práctica de los precedentes judiciales que contribuyen tanto a limitar el proceso interpretativo de reglas como a construir un relato encadenado de interpretaciones. Sin embargo, los valores que nos ofrece la tradición de una comunidad no son siempre transferibles a otras ni tampoco, necesariamente, se encuentra alineada con nuestra visión moral.⁴⁸ Podemos pensar que la defensa de ciertos valores a lo largo del tiempo dice algo acerca de su contenido moral. Los ingleses defendían el valor de su tradición liberal presuponiendo cierta razonabilidad en esa práctica o una suerte de "racionalidad artificial" construida en el tiempo, pero cuyos orígenes se encuentran emparentados con el lenguaje del derecho natural.⁴⁹ Desde esta lógica, las convenciones o las prácticas comunitarias cobran con el tiempo tanta relevancia como el texto escrito en sí.⁵⁰ También es cierto que incluso en

47. "Quizás entonces el interpretativismo dworkiniano se sienta más cómodo hasta cierto punto en países del *common law*, pero tiene serias dificultades para explicar los sistemas continentales o de derecho civil" (ROSLER, "Hermes o la continuación de Antígona...", p. 24). Si bien Young plantea una relación de opuestos entre Burke y Dworkin también reconoce una posible lectura que los hace compatibles: "El concepto de 'encaje' de Dworkin —bajo el cual cualquier teoría sobre la decisión construida por el juez debe encajar y justificar la mayoría de las reglas legales, los precedentes y las instituciones existentes [...]—, se asemeja a la insistencia de Burke que los reformistas deben 'hacer las reparaciones tan cerca como sea posible del estilo del edificio' [...] Sin embargo, la desconfianza de Burke en el racionalismo y la abstracción debe llevar a los conservadores a sospechar de Hércules como figura súper humana, a pesar de la concesión de Dworkin de que Hércules es simplemente un ideal al que los jueces reales deberían aproximarse" (BURKE, *Reflections on the Revolution in France* p. 691, nota al pie 356, traducción propia).

48. Es probable que bajo esta lectura Dworkin pierda parte de su atractivo en la medida que lo acerca a autores de la cultura anglosajona calificados como "conservadores" tales como Edmund Burke o Albert Venn Dicey, propios del constitucionalismo inglés. Es interesante notar que nuevas lecturas reconstruyen a Burke más como un hombre de Estado que como un conservador moderno (JONES, *Edmund Burke and the Invention of...*; BOGUS, "Rescuing Burke", p. 387). También Dicey ha sido una figura reivindicada en el último tiempo. WALTERS, "Dicey on Writing the Law of the Constitution", pp. 21-49.

49. GREY, "Origins of the unwritten constitution: fundamental...", pp. 852-853; POCKOCK, "Burke and the Ancient Constitution...", pp. 290-291.

50. Dicey entendía que el derecho constitucional inglés se componía por dos tipos de normas: "Las leyes de la Constitución (*The laws of the Constitution*) y "Las Convenciones de la Constitución" (*The Conventions of the Constitution*). A su vez clasificaba a las primeras en dos principios: la soberanía del Parlamento (*Parliament sovereignty*) y el Imperio de la

el derecho anglosajón esta práctica encuentra límites en las normas —en especial penales— como prueba la prohibición de la constitución de Estados Unidos de dictar leyes penales retroactivas (art. I, sec. 9 inc. 3ro)⁵¹ y no está exenta de riesgos como lo acredita el fallo “Plessy vs. Ferguson”⁵² en virtud del cual durante más de 50 años se defendió la constitucionalidad de una práctica aberrante como la segregación racial. También es factible pensar que en este caso haya existido una reconstrucción equivocada sobre los principios que gobernaban las convenciones aplicables.⁵³

Nuestro país copió con adaptaciones criollas el modelo constitucional norteamericano, incorporando por ello su modelo judicial (desdoblamiento de la jurisdicción —federal y local—, control judicial de constitucionalidad difuso, designación de los jueces a través de un órgano político).

Ley (*Rule of Law*). La diferencia entre las leyes constitucionales y las convenciones constitucionales para el autor no radicaba como podría suponerse en su carácter escrito sino en su posibilidad de ser ejecutadas por un tribunal, ventaja que solo ofrecen las primeras (DICEY, *An Introduction to the Study of...* pp. 23-24). Véase también AMAR, *America's unwritten constitution: The precedents and...*

51. De la misma forma Dicey afirma que el primer principio que incluye el *Rule of law* es que el castigo solo puede proceder de una ruptura a una ley (DICEY, *An Introduction to the Study of...*, pp. 183-191).

52. SCOTUS, “Plessy vs. Ferguson”.

53. Si bien es cierto que el mundo anglosajón impuso el esclavismo y, posteriormente, los Estados del Sur de Estados Unidos instrumentaron una política segregacionista, la proyección de los ideales de la tradición anglosajona forjados bajo los principios republicanos de libertad o igualdad que condujeron a la ruptura con Inglaterra primero y luego a la creación de un nuevo Estado, tornaban incompatible dicha práctica con esa tradición. En este sentido, Young argumenta: “La primera etapa en este argumento está basada en la observación que ‘los principios abstractos’ pueden servir como ‘una fuente de presión progresiva’. Estos principios no son el producto de una teoría metafísica, más bien son simplemente las tradiciones de la sociedad llevadas a un nivel más elevado de generalidad” (YOUNG, “Rediscovering conservatism: Burkean political theory and...”, p. 702). Al igual que Dworkin, el autor toma como referencia la agenda del movimiento de los derechos civiles la cual se basó en la apelación a los valores clásicos (libertad e igualdad) de la tradición política norteamericana. En algún punto Dworkin y Young están señalando el mismo fenómeno, pero por caminos diferentes. Para Dworkin el valor de estos principios de justicia estaría dado por su peso moral. Para Young por su conexión con una práctica comunitaria. Llegado a este punto reconozco que el problema se asemeja un poco al juego del huevo y la gallina. Es difícil determinar si primero está el valor moral y luego la convención que los adopta o viceversa. Probablemente para un Humeano primero está la convención. En cambio, para un Kantiano primero el valor moral.

Sin embargo, nuestra práctica judicial difirió bastante de la práctica de ese país. En gran parte porque nuestra práctica jurídica está atravesada por una tradición distinta. En la Argentina, como en cualquier comunidad de raíz continental, la concepción sobre el rol del juez se acercaba más al rol de ejecutor de reglas que al garante o intérprete de principios constitucionales. El marco interpretativo del juez estuvo siempre condicionado por rígidas normas emergentes de los Códigos dictados por una misma autoridad (conf. art. 75 inc. 12 CN) y una educación formalista basada en el estudio de normas (o de comentaristas de esas normas) que no se ha modificado en lo sustancial hasta la actualidad. Sumado a ello, los jueces profundizaron el perfil civilista y se desvincularon de su rol constitucional en el marco de la inestabilidad política que marcó al país durante buena parte del siglo XX.

La reforma constitucional de 1994 intentó dar un renovado impulso al rol constitucional de los jueces ampliando nuestra carta de derechos constitucionales, principalmente, a través de la incorporación de tratados de derechos humanos al texto constitucional.⁵⁴ Si bien inicialmente la aplicación de este nuevo mandato fue tenue, con el cambio en la composición de la Corte Suprema operado en el año 2004, comenzó a hacerse notar. Cada vez con mayor frecuencia primó la lectura constitucional en el razonamiento judicial, en el cual se incorporaban no solo las normas constitucionales sino también los instrumentos internacionales y las interpretaciones o estándares de sus órganos de aplicación.

En los últimos años, la profundización de este modelo parecería haber creado un nuevo paradigma acerca del rol del juez. Pasó de ser un ejecutor pasivo de reglas a un intérprete moral activo. Las normas entonces comenzaron a ser tomadas como guías a ser evaluadas a luz de principios constitucionales o internacionales. Incluso, ante la falta de claro respaldo normativo o mediante la implementación de lecturas sumamente amplias sobre el contenido de estos instrumentos o el alcance de estos principios. En tanto todas las áreas del derecho se encuentran alcanzadas por principios derivados del texto constitucional o de instrumentos internacionales, esta posición llevada al extremo torna irrelevante la ley. El juez siempre se

54. Esta estrategia no fue aislada sino común a distintos países de Latinoamérica que atravesaron trágicas experiencias de gobiernos dictatoriales o conflictos internos (entre otros véase las reformas constitucionales de Brasil —1988— y Colombia —1991—). El derecho internacional de los derechos humanos intentó blindar el sistema democrático, proteger derechos políticos y los derechos de minorías.

encuentra en condiciones de valerse de un principio a partir del cual juzgar la validez de la norma analizada.

Por otra parte, no rige en nuestro país una regla sobre la obligatoriedad de los precedentes, por lo menos, aplicada en forma homogénea, circunstancia que dificulta la posibilidad de encontrar interpretaciones del texto constitucional consistentes en el tiempo.⁵⁵ Los tribunales tienden a realizar un seguimiento condicionado de las resoluciones del máximo tribunal⁵⁶ y este adopta una posición ambigua respecto a las decisiones de anteriores composiciones.⁵⁷ Por así decirlo, aplica sus decisiones en la medida en que conforma su contenido.⁵⁸ Por lo tanto, en nuestro sistema judicial, los jueces ni parecen estar constreñidos por las reglas formales del derecho continental, ni tampoco, por las reglas informales del derecho anglosajón.

Como consecuencia, aquello que en el último tiempo estamos empujando a vislumbrar no es justamente el desarrollo de un modelo de construcción de reglas y principios basado en la regla de los precedentes y el peso de las convenciones interpretativas, sino más bien un modelo de libre interpretación de valores morales que coloca a los jueces por encima del resto de sus conciudadanos (una suerte de neoplatonismo judicial) o,

55. Para una ilustración sobre este déficit véase SAGÜES, "Interpretación constitucional y alquimia interpretativa...", pp. 151-170.

56. RIVERA & LAGARRE, "La obligatoriedad atenuada de los fallos..." y "La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el *stare decisis* vertical". Acorde a la doctrina CSJN, "Cerámica San Lorenzo", los jueces se encuentran obligados a seguir los precedentes del más alto tribunal salvo que encuentren nuevos argumentos para apartarse de ellos, excepción que neutraliza la regla (es muy difícil pensar que una decisión pueda agotar el conjunto de razones posibles). Véase GARAY & TORANZO, "Los efectos de las sentencias...".

57. Véase, por ejemplo, la posición adoptada por la Corte Suprema en torno a la constitucionalidad de las leyes que castigan el consumo de estupefacientes. En el lapso de 23 años cambió tres veces de posición CSJN, "Bazterrica, Gustavo Mario"; CSJN, "Montalvo, Ernesto Alfredo"; & CSJN, "Arriola, Sebastián".

58. La excepción estaría dada por la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. La Corte Suprema ha receptado en todos sus alcances la doctrina del control de convencionalidad que impone una regla de precedente sobre la jurisprudencia de la Corte IDH (CSJN, "Mazzeo, Julio Lilo" y CSJN, "Videla, Jorge Rafael") y ha reconocido valor vinculante a las recomendaciones definitivas de la CIDH (CSJN, "Carranza Latrubesse, Gustavo"). Ello no ha impedido el uso selectivo de la doctrina. Véase el caso CSJN, "Acosta, Jorge Eduardo", donde se juzgaba el límite de la prisión preventiva en un caso de lesa humanidad sobre la base del precedente de la Corte IDH, "Bayarri vs. Argentina", que determinó límites en el empleo de ese instrumento.

directamente, los vuelven dependientes de la aprobación popular de sus decisiones (una suerte de populismo judicial) o del poder político de turno. Cada intérprete juzga la validez del derecho en función de consideraciones morales amparándose para ello en el carácter “indeterminado” del derecho y el valor de los principios.

Así, desde este nuevo paradigma encontramos jueces dispuestos a distribuir costas judiciales en base a criterios no previstos en las normas aplicables,⁵⁹ ejecutar en forma retroactiva índices de actualización de indemnizaciones en directa contradicción con las pautas temporales expresadas en la ley,⁶⁰ emplear procesos de ejecución por vías no autorizadas en la normativa aplicable,⁶¹ extender el marco de responsabilidad civil de aseguradoras a riesgos no asegurados ni estipulados por ley,⁶² declarar la inconstitucionalidad de normas civiles⁶³ o comerciales⁶⁴ en base a lecturas

59. Véase caso CSJN, “López, Enrique Eduardo”, que revocó la decisión de la Cámara laboral de imponer las costas del proceso a la parte triunfante en oposición a las reglas instituidas por el art. 69 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

60. Véase caso CSJN, “Espósito, Dardo Luis”, que revocó la decisión de un tribunal de alzada de aplicar en forma retroactiva el índice de actualización para indemnizaciones por accidentes y enfermedades laborales sancionado por la ley 26.771 en violación a las pautas temporales de dicha norma.

61. Véase caso CSJN, “Unión Personal de Fábricas de Pintura y Afines de la R.A.” que revocó la decisión de la Cámara laboral de extender por vía analógica el procedimiento ejecutivo para el cobro de aportes sindicales previsto en la ley 24.642 respecto al cobro de aportes solidarios de trabajadores no afiliados.

62. Véase caso CSJN, “Flores, Lorena Romina” que revocó la decisión de la Cámara civil de declarar inoponible a la víctima de un accidente de tránsito el límite de la cobertura establecido en la póliza de responsabilidad civil de automotores.

63. Véase caso CSJN, “Lima, Maira Joana”, que revocó la decisión de la Cámara civil de declarar inconstitucional el art. 1078 del antiguo CCiv. que establecía restricciones a la legitimidad activa para reclamar una reparación por daño moral.

64. Véase el voto en disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda en el caso CSJN, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia”, que declararon la inconstitucionalidad del orden de preferencia de créditos concursales reconociendo privilegio a un crédito quirografario emergente de una reparación de daños y perjuicios de un menor. Juzgaron que en virtud de las particularidades del caso dicho régimen violaba normas y principios derivados de instrumentos internacionales (Convención sobre Derechos del Niño, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención Americana de Derechos Humanos, etc.) o del texto constitucional (art. 75 inc. 23 CN). En contraposición, véase el análisis del voto mayoritario sobre la naturaleza de los créditos concursales y la eventual incompatibilidad del régimen de privilegios establecido por el legislador con los

discutibles sobre el alcance de normas constitucionales, modificar los alcances de tratados internacionales⁶⁵ o de la propia Constitución empleando criterios opuestos a su texto,⁶⁶ denegar beneficios legales a imputados sin que medie excepcionalidad legal.⁶⁷ Esta posición ha llegado al extremo de interpretarse que una ley penal “interpretativa” de carácter retroactiva no reviste ese carácter dado que su naturaleza “interpretativa” impide considerarla una ley *ex post facto* aun cuando sus efectos pretendan regular hacia el pasado.⁶⁸

instrumentos aludidos.

65. Véase caso CSJN, “Carranza Latrubesse, Gustavo” que reconoció fuerza vinculante a las recomendaciones definitivas emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 CADH) apartándose del significado literal del término “recomendación”, de los precedentes de la CSJN, “Acosta, Claudia Beatriz” y CSJN, “Felicetti, Roberto” y del procedimiento contencioso específicamente contemplado por la Convención Americana para lograr que las decisiones emitidas por un órgano de este sistema sean vinculantes para los Estados (arts. 61.1 y 63.1 CADH). Como lo expone la disidencia de la Dra. Carmen Argibay (consid. 9 a 12), si un Estado incumple las recomendaciones preliminares de la Comisión IDH (art. 50 CADH), este organismo tiene dos opciones a su alcance (art. 51.1 CADH): llevar el caso ante la Corte IDH para lograr una sentencia de cumplimiento obligatorio o elaborar un informe con su recomendación final. No tendría mayor sentido el primer camino (procedimiento jurisdiccional), si el segundo (recomendación definitiva) permitiera alcanzar el mismo resultado (ejecución de la decisión).

66. Véase caso CSJN, “Orellano, Francisco Daniel”, que revocó la decisión de Cámara laboral de reconocer el ejercicio de la titularidad de los derechos colectivos derivada de la representación de los trabajadores (derecho de huelga) a trabajadores que no se encontraban inscriptos como entidad sindical, asignando al término “gremios” un sentido contrario al orden gramatical sentado por el art. 14 bis párr. 2do CN.

67. Véase CSJN, “Villamil, Amelia Ana” —sobre la prescripción de la acción civil derivada de crímenes de lesa humanidad anteriores a la reforma del Código civil—; CSJN, “Alespeiti, Felipe Jorge” —sobre la concesión de prisión domiciliaria a condenados por crímenes de lesa humanidad—; CSJN, “Muiña, Luis” —sobre la aplicación de la ley penal más benigna a casos de crímenes de lesa humanidad—. En todos los casos la CSJN revocó las sentencias del tribunal superior de la causa que se había negado a otorgar los beneficios legales con excepción del caso CSJN, “Alespeiti, Felipe Jorge” cuyo beneficio aún no ha sido definido (la Corte revocó el caso por falta de fundamentación y ordenó dictar nueva sentencia).

68. Véase el voto de los jueces Rosatti y Highton de Nolasco en el caso CSJN, “Batalla Rufino” que avaló la constitucionalidad de la ley 27.362 dictada para impedir la aplicación de la ley 24.390 (conocida como “ley del 2x1”) a crímenes de lesa humanidad luego de la reacción popular generada a partir del dictado del caso “Muiña”. En contraposición véase la disidencia del Juez Rosenkrantz que declara la inconstitucionalidad de la ley por violar la norma constitucional que prohíbe la aplicación retroactiva de ley penal (art. 18 CN)

Más que plantearse un desacuerdo interpretativo genuino sobre el alcance de la norma aplicable, la constitución o los tratados internacionales, en los citados casos media un manifiesto apartamiento de su contenido.⁶⁹ La lógica que parecen adoptar estos jueces para sortear la aplicación de la ley es similar a la empleada en el caso "Riggs vs. Palmer". Primero identifican cuál es la solución justa o conveniente para el caso y luego invocan un principio constitucional, internacional o general para fundamentar dicha solución, presuponiendo que los principios, a diferencia de las reglas, no son interpretables, es decir que existe una noción inequívoca sobre su sentido o alcance (o la ausencia de controversia con otros principios de similar jerarquía).⁷⁰

y cuestiona la posición interpretativista adoptada por dichos magistrados. Los restantes magistrados que conformaron el voto mayoritario ni siquiera se expidieron sobre la constitucionalidad de la ley. Reiteraron su voto en disidencia en el caso "Muiña" basado en la aplicación de principios del derecho internacional.

69. En similares términos se ha pronunciado recientemente el Máximo Tribunal: "Que, en efecto, esta Corte tiene reiteradamente establecido que la primera fuente de interpretación de las leyes es su letra y que, cuando esta no exige esfuerzo para determinar su sentido, debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (CSJN, "Suárez Mason, Carlos Guillermo"; CSJN, "Piñeiro, María Elvira"; CSJN, "Carlos Miguel Kunkel..." y CSJN, "Arcuri, Gabriel Alejandro", entre otros), ya que de otro modo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivalga a prescindir de ella (CSJN, "Ballvé, Horacio Jorge")...". El artículo en cuestión establece que corresponde el adicional de pago único "cuando el daño se produzca en el lugar de trabajo o lo sufra el dependiente mientras se encuentre a disposición del empleador". La cámara sostuvo que los accidentes *in itinere* se encuentran "al amparo de este adicional, pese a lo confuso de su redacción. [...] el legislador quiso buscar una expresión asimilable a 'en ocasión del trabajo' (el trabajador está fuera del lugar del trabajo, pero está a disposición de su patrón pues se dirige a la empresa desde su casa o viceversa) todo ello en consonancia con lo dispuesto por el art. 9 L.C.T. y el principio de *progresividad* "(énfasis agregado). Esa afirmación de la cámara es completamente arbitraria porque la redacción de la norma no es confusa en absoluto. Con solo atenerse a la literalidad del precepto (atendiendo al primer criterio de la interpretación de la ley, confr. Doctrina de Fallos: CSJN, "Blum, Nicolás Ricardo..."; CSJN, "ATEGAM S.A."; CSJN, "Banco de la Provincia..."; CSJN, "Acosta, Alejandro Esteban", entre otros) y sin necesidad de hacer un mayor esfuerzo intelectual, es posible concluir que la intención del legislador plasmada en la norma ha sido la de circunscribir el beneficio a los infortunios laborales producidos u originados en el ámbito del establecimiento laboral y no a los accidentes *in itinere*" (CSJN, "Paez Alfonso, Matilde", considerando 5to. y 6to.).

70. Esta metodología basada en la aplicación de principios antes que normas permite in-

Esta concepción objetivista sobre los principios resulta difícil de conciliar con los presupuestos de una sociedad pluralista en la que existen desacuerdos razonables sobre el alcance de nuestros valores y, por lo tanto, de nuestros principios. Por ejemplo, como señala el juez Rosenkrantz en el caso "Flores", aun si se evalúa la razonabilidad de los límites de la responsabilidad civil de las aseguradoras a la luz del principio de justicia social (la función social de los seguros) siguiendo el argumento de la Cámara, el alcance de ese principio no es claro. Un sistema que restringe la responsabilidad de las aseguradoras al riesgo de cobertura podría conducir a reducir el precio de las pólizas, generando un mercado de seguros más competitivo y, como consecuencia, permitiendo el ingreso de mayor cantidad de personas al sistema de cobertura. Por el contrario, uno que no dispone de dichas limitaciones tendería a encarecer el precio de la primas, expulsando personas del sistema que eventualmente quedarían sin protección.⁷¹ El mismo tipo de problemas enfrentamos cuando analizamos el criterio de distribución de costas a la luz del principio protectorio de los trabajadores ("López"), las restricciones en la legitimidad para reclamar daños a la luz del principio de reparación integral ("Lima") o el régimen de preferencia de créditos concursales a la luz de otros principios tales como seguridad en las transacciones, protección de menores, trabajadores, etc. ("Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia"). En todos estos casos, la solución está lejos de ser evidente.

Elegimos representantes, debatimos y sancionamos normas justamente para saldar nuestras diferencias valorativas sobre el alcance de los principios y encontrar puntos de acuerdo que guíen nuestras pautas de convivencia. Si bien este método de decisión colectiva no cancela el debate ni garantiza la superación de toda diferencia o el alineamiento de toda regla con los principios y directivas constitucionales, supone, al menos, que la voluntad mayoritaria es aquella más legitimada (y si se quiere mejor posicionada) para establecer el orden de los valores que proyectan nuestras reglas. Toda petición dirigida a excluir alguna de esas reglas entonces presupone un riguroso análisis sobre su compatibilidad.

cluso sortear los costos de declarar la inconstitucionalidad de la norma evaluada como lo advierte la Corte Suprema en el caso CSJN, "Paez Alfonso, Matilde".

71. Véase CSJN, "Flores, Lorena Romina", considerando 9no. del voto del Dr. Carlos Rosenkrantz. También podrían encontrarse razones para defender una posición contraria. Cualquiera fuera la solución daría la impresión de que ella corresponde al legislador.

Quizás porque esta forma de argumentación se ha vuelto frecuente entre ciertos tribunales constitucionales⁷² u organismos internacionales⁷³ con cuyas valoraciones tendemos a coincidir, en algunos sectores se ha generado la creencia de que esta mirada moralizante sobre el derecho es aquella que mejor recepta y protege nuestros derechos fundamentales. Pero ello no necesariamente es así. Si aceptamos la existencia de desacuerdos sociales razonables sobre nuestros valores nada impide que en un futuro nos encontremos frente a jueces con visiones muy distintas a las nuestras que interpreten el alcance de nuestros principios y, por ende, de nuestros derechos de formas que juzguemos inaceptables. En gran medida, el profundo debate que desde hace años divide a la academia norteamericana respecto a la legitimidad democrática de sus jueces para ejercer el control de constitucionalidad se disparó a partir del activismo conservador ejercido por la Corte de ese país luego del activismo progresista ejercido por una anterior composición apoyado, en gran parte, por aquellos mismos que tiempo después procedieron a cuestionarla.

Lo más paradójico de esta forma de abordar el derecho es que contradice el objetivo central de la teoría de Dworkin. El autor siempre enfrentó las tesis escépticas sobre las interpretaciones en el derecho, defendiendo la idea de que si nos tomamos "los derechos en serio" podemos encontrar un sentido de corrección en la interpretación. En cambio, ya sea por deficiencias propias de la teoría, pero, más probablemente, de quienes la aplican, bajo el paradigma interpretativista, la teoría se ha vuelto como una suerte de excusa para permitir que cualquiera desconozca el derecho vigente toda vez que discrepa con su contenido. Basta para ello invocar la interpretación de un principio constitucional. Se trata en realidad de una desnaturalización del rol de los principios. Algo parecido de lo que sucede en ese antiguo capítulo de *Los Simpson* en el que los habitantes de Springfield, guiados por Brad Goodman (un gurú de meditación) en el camino de la introspección y la búsqueda "del niño interior", toman a un trans-

72. Véase la crítica de Juan Gonzalez Bertomeu sobre "la doctrina de la sustitución constitucional" empleada por la Corte Constitucional colombiana para anular reformas constitucionales que pretendan "sustituir" el espíritu liberal que atribuyen a su carta magna. BERTOMEU, "La Onda de la Constitución...".

73. Véase las críticas a la doctrina del control de convencionalidad de MALARINO, "Acerca de la pretendida obligatoriedad de...", pp. 435-457 y CONTESSA SINGH, "¿La última palabra? Control de convencionalidad...", pp. 1-31.

gresor como Bart como modelo de conducta para juzgar el seguimiento de las reglas. Así pasan de celebrar el tradicional "día de haga lo que se le ordene" a "el día de haga lo que se le antoje".⁷⁴ Como no podía ser de otro modo, la pretensión de cada habitante de seguir su propio criterio para evaluar el cumplimiento de reglas termina mal. De la misma forma que se expresa Lisa hacia el final de ese capítulo para defender dicho proceso de reflexión personal impulsado por el gurú de meditación, la práctica del *common law* (la regla de precedente, el rol de las convenciones y los principios comunitarios, el juez como garante de ese proceso de desarrollo colectivo) es un camino posible para construir la autoridad del derecho. En cambio, difícilmente sirva como modelo si pretende utilizarse para proyectar nuestra visión moral sobre las reglas que deberían regirnos.

IV. LA NEGACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN

La otra cara de este debate desconoce el problema interpretativo de las normas o pretende reducirlo a una operación mecánica según la cual la solución del problema interpretativo transitaría porque el juez se comprometa a "aplicar" la ley. El problema de este viejo axioma montesquiano se plantea en aquellos casos en que tenemos dudas razonables acerca del contenido de la norma aplicable. Ratificar la obligación del juez de aplicar sus términos se vuelve un argumento circular o redundante en la medida en que el problema justamente parte de la ausencia de claridad sobre esos términos cuya aplicación se reclama. En otras palabras, como señala Bulygin, del hecho de que el juez se encuentre obligado a fundar su decisión (si se quiere lógicamente) en una norma, no se desprende que deba actuar como un autómata al aplicarla.⁷⁵

Está claro que *in extremis* este modelo es inviable como lo experimentaron los juristas napoleónicos a poco de poner en marcha el proyecto codificador. La expectativa de que el juez se limitara a ejecutar las nuevas reglas sin llevar a cabo ningún tipo de valoración sobre su alcance chocó contra los problemas a los cuales nos expone la utilización del lenguaje na-

74. Los Simpson, *Bart's inner child* ("El niño que hay en Bart" en su versión en español), Tem. 5, Cap. 7.

75. BULYGIN, "El concepto de eficacia", pp. 22-47.

tural. Los tribunales de casación, originalmente conformados por personas ajenas al ámbito judicial, si bien buscaron reducir las disputas interpretativas en torno a las normas, no lograron eliminarlas. El dictado de reglas interpretativas a través de los fallos plenarios de esos tribunales de revisión facilitó la labor pero bajo ningún punto de vista eliminó el debate sobre el alcance de las reglas, como lo prueban décadas de disputas doctrinarias y jurisprudenciales sobre el alcance de nuestras normas civiles o penales. En especial, porque esas reglas interpretativas también pueden ser materia de interpretación.

La introducción de cartas constitucionales de derechos en estos sistemas solo agravó un debate preexistente. Surgieron así los tribunales constitucionales como nueva barrera de contención de los problemas interpretativos que ahora estos textos más abiertos y controvertidos generaban. La labor de sus integrantes no se distingue sustancialmente de la lógica que emplean los jueces del sistema norteamericano. Ambos intentan delimitar el alcance de sus reglas fundamentales, solo que en el anglosajón ese ejercicio se expande a todos los magistrados sin restricción.⁷⁶ En cambio, los jueces del sistema continental están confinados a resolver disputas correspondientes a normas infraconstitucionales, priorizando la deferencia hacia la autoridad legislativa expresada en el Código.

A pesar de que el problema interpretativo no parece ser una realidad desconocida por ningún autor moderno, durante buena parte del siglo XX en distintos ámbitos de nuestro país se gestó la idea de que el formalismo podía ser la solución para los problemas interpretativos del derecho, llevando injustamente a Kelsen como estandarte de una mirada "textualista" sobre la ley.⁷⁷ Esta posición quedó particularmente expuesta en el ámbito del derecho constitucional. Con el amparo de doctrinas dirigidas a evitar la intervención del poder judicial en materias reservadas a los poderes políticos

76. En otro sentido, resulta factible pensar que la labor de unos y otros es muy distinta. Mientras en el sistema continental el control constitucional es abstracto y la declaración deroga la norma evaluada, en el anglosajón es remedial o concreto y con efecto *inter partes*. Ello significa que, en el primer caso, el tribunal no está circunscripto por las limitaciones que impone el análisis jurisdiccional del caso.

77. Si bien Kelsen pretendió elaborar una teoría científica dirigida a identificar el concepto del derecho para poder diferenciarlo de otros campos de estudio (en especial, la moral), los problemas interpretativos de las normas nunca le fueron ajenos como surge de su disputa contra Carl Schmitt en torno a la justificación del último intérprete de la constitución alemana. Véase SCHMITT & KELSEN, *La polémica Schmitt/Kelsen...*

(doctrina de "la cuestión política no justiciable") o directamente, basados en el poder de hecho del funcionario de turno, los jueces condujeron a avalar todo tipo de prácticas ajenas al marco constitucional (destitución de jueces,⁷⁸ proscripción de partidos políticos,⁷⁹ deposición de autoridades),⁸⁰ llegándose al extremo de respaldarse la autoridad misma de regímenes dictatoriales fundándose en su capacidad de auto imponerse.⁸¹ El derecho pareció gobernar la moralidad de los actos siendo que desde el punto de vista formal la autoridad de estos gobiernos no era objetable, excepto claro, omitiendo evaluar su falta de legitimidad democrática o constitucional.⁸² Aferrarse a la literalidad de las normas o apelar a tecnicismos para obviar su función constitucional pareció transformarse en un refugio común de los jueces para mantenerse en el cargo y sortear costos políticos derivados de su rol.⁸³ Después de todo, la vigencia de la Constitución era solo "formal". En la práctica, las normas quedaron condicionadas a un solo hecho: la voluntad del régimen de turno.

Sin embargo, con el retorno de la democracia y la restitución plena de la Constitución, con excepción de un período inicial en el que la Corte Suprema juzgó la constitucionalidad de las normas de facto,⁸⁴ las normas

78. CSJN, "Avellaneda Huergo, Alfredo", a través del cual se convalidó la remoción de jueces por decreto.

79. CSJN, "Molinas, Ricardo F".

80. CSJN, "Pitto, Luis María".

81. Doctrina que puede definirse como "el derecho de la revolución triunfante". CSJN, Acordada de fecha 10/09/1930, pero cuyos orígenes pueden rastrearse desde la creación misma de la Corte Suprema (CSJN, "Martínez Baldomero"). Sobre los problemas lógicos de este razonamiento. CARRIÓ, *Sobre los límites del lenguaje normativo*.

82. Tal vez desde una posición más "interpretativista" hubiera sido más sensato y efectivo que esos jueces renunciaran a su cargo y evitaran convalidar con sus sentencias un régimen que precisaba justamente de ese reconocimiento judicial para legitimarse.

83. Se plantearon algunas excepciones como los casos CSJN, "Siri, Ángel" y CSJN, "Kot Samuel S.R.L." a través de los cuales se reconoció el ejercicio de la acción de amparo. Probablemente, desde un enfoque formalista los jueces habrían vulnerado la Constitución en tanto no fue hasta el año 1994 que la acción de amparo fuera incorporada en el texto constitucional. También la habrían violado cuando adoptaron el control de constitucionalidad, nacido como una interpretación constitucional (CSJN, "Sojo, Eduardo" y CSJN, "Municipalidad de la Capital c/ Elortondo") que reprodujo la lógica del célebre caso SCOTUS, "Marbury vs. Madison".

84. CSJN, "Aramayo, Domingo Raúl"; CSJN, "Dufourq, Félix E".

que castigaban la tenencia de estupefacientes⁸⁵ o las normas que prohibían el divorcio vincular,⁸⁶ se retornó a la senda formalista y se sometió a los jueces a los designios de las autoridades políticas antes que a la autoridad de la Constitución. Mediante el empleo de una lógica formal similar a la de otros tiempos, la Justicia convalidó y hasta amplió las facultades constitucionales de los poderes públicos.⁸⁷

Los defensores del formalismo podrían argumentar que, en realidad, lejos de haber existido una aplicación rigurosa de la ley, en todos estos casos medió un apartamiento manifiesto de las normas constitucionales aplicables. Se trataría entonces de una muestra más de la supremacía del formalismo sobre el interpretativismo. Pero en algún punto el argumento comienza a sonar circular y pareciera acercarse al razonamiento que suelen criticar. Frente a una discrepancia interpretativa genuina en torno al alcance de las normas sería necesario establecer algún criterio de corrección para poder delimitar su alcance. Si la solución propuesta transita por exigir la aplicación rigurosa de sus términos, como vimos, el resultado es autofrustrante o puede llevar a vaciarla de contenido. Por ejemplo, si se analizara el alcance de la libertad de expresión a la luz del art. 14 CN (derecho de publicar ideas por la prensa sin censura previa) desde una mirada formalista, se caería en el absurdo de sostener que toda publicación de ideas que no tenga lugar "por la prensa" no estaría protegida por la Constitución y, por lo tanto, podría ser pasible de ser prohibida por la autoridad pública. Ni que hablar si pretendiéramos discutir temas más complejos como distribución de pauta oficial o discursos de odio en el marco de la citada norma constitucional.⁸⁸

85. CSJN, "Bazterrica, Gustavo Mario".

86. CSJN, "Sejean".

87. En tanto la doctrina sobre "cuestiones políticas no judiciales" recibió fuertes críticas, durante los '90 primó más el empleo de la doctrina de "falta de agravio" o "falta de legitimidad activa" como instrumento dirigido a permitir que el Poder Judicial decline su intervención. Véase GELLI, *Constitución de la Nación...*, pp. 538-539.

88. También enfrentamos el mismo problema frente a normas de derecho común. Por ejemplo, el art. 30 LCT determina la extensión de responsabilidad en materia laboral cuando existe un supuesto de tercerización o subcontratación de la actividad "normal y específica propia del establecimiento". Determinar cuál es esa actividad incluida dentro del marco de dicha norma no es una tarea sencilla. Una lectura demasiado restrictiva llevaría a anular los supuestos de tercerización como en CSJN, "Rodríguez, Juan R. c/ Compañía Embotelladora" en el cual se desestimó que el embotellamiento de gaseosas fuera parte de la

La solución que entonces suele presentarse no es otra que el originalismo. Si la interpretación en algunas circunstancias es inevitable, entonces deben aplicarse las convenciones originales vigentes al tiempo de sanción de la ley o las intenciones de sus legisladores de forma de guardar la mayor deferencia a la autoridad legislativa, genuina representante de la voluntad popular.⁸⁹ Esta solución, no exenta de problemas, puede ser plausible en un sistema continental donde los jueces no tienen la potestad de interpretar la Constitución y se limitan a aplicar normas dictadas por una autoridad legislativa que ostenta una supremacía institucional. Pero trasladado al campo de la interpretación constitucional puede volverse riesgosa. No solo porque en muchos casos desconocemos o discrepamos sobre el contenido o alcance de esas convenciones o intenciones, sino más importante, porque aun cuando fueran identificables muchas de ellas resultan incompatibles con la evolución que ha tenido el texto constitucional. En otras palabras, detrás de la promesa de fidelidad al legislador o al constituyente, también parece ocultarse un moralismo selectivo del intérprete.⁹⁰

Tampoco parece que esta conducta ritualista u originalista haya resultado mejor que el interpretativismo para construir la autoridad del derecho. Más bien favoreció su desprestigio. En gran medida porque la expectativa que recae sobre todo tribunal constitucional es que interprete la Constitución para evitar el avasallamiento de sus derechos o actúe como límite a los abusos de los poderes públicos dentro de las facultades provistas por un texto abierto. Desde esta óptica, el formalismo expresado bajo la doctrina

actividad normal y específica de una empresa dedicada a la producción de gaseosas. Por el contrario, una interpretación demasiado amplia llevaría a obligar a las empresas a responder por cualquier tipo de actividad, incluso, aquellas típicamente complementarias (seguridad, limpieza, etc.).

89. Sobre las diferencias que subyacen entre el originalismo y la interpretación fundada en la evolución de la tradición véase YOUNG, "Rediscovering conservatism: Burkean political theory and...".

90. El profesor Rosler señala que dado que nuestra Constitución fue modificada en el 1994 esta teoría no sería tan problemática o sería más difícil plantear el riesgo de ser gobernados por la "mano muerta del pasado" (ROSLER, "Hermes o la continuación de Antígona...", pp. 20-21). En primer lugar, no toda la Constitución fue modificada en el '94. Una parte importante mantuvo el contenido definido hace más de un siglo (ley n° 24.309, art. 6). En segundo lugar, aun aquellos aspectos reformados en el 1994, ofrecen problemas. En parte porque la reforma es producto de un pacto político entre las dos fuerzas mayoritarias (el conocido "Pacto de Olivos") que fue obligado a ser aprobado a libro cerrado. En otras, porque simplemente la búsqueda de antecedentes no aporta demasiada información.

de autorestricción jurisdiccional o del textualismo se transformó más en un reaseguro para avalar los abusos del poder político que una doctrina dirigida a garantizar deferencia hacia la voluntad popular.

Podría pensarse que la senda interpretativista inaugurada por el máximo tribunal a partir del año 2004 se explica como una reacción frente a la excesiva pasividad formalista de la anterior composición.⁹¹ A través de una activa intervención en defensa de los derechos constitucionales (en especial, los derechos de grupos desaventajados) y, en muchos casos, de una lectura extensiva del texto constitucional, la Corte Suprema intentó revertir su cuestionada imagen. Por ello, en gran medida, la agenda de esta nueva composición arrancó por intervenir en todas aquellas materias en las cuales la anterior se había negado mediante el empleo de argumentos formalistas. Un contraste por oposición. Es cierto que, profundizada esa posición, condujo al problema en que nos encontramos en la actualidad, particularmente, al ser potenciada por jueces de otras instancias que, en muchos casos, emplean menor rigurosidad para interpretar las normas. Pero no es menos cierto que también sirvió para reconstruir la desgastada autoridad del máximo tribunal.

Algunas de las críticas en torno al interpretativismo que hoy se multiplican, en algún punto parecen abogar por un retorno a ese modelo ritualista u originalista. Pareciera haber existido un pasado (siempre mejor) en que el derecho argentino era respetado y aplicado por todos siguiendo las bases de un modelo continental. La historia no parece respaldar esa mirada nostálgica sobre el pasado. Con excepción de un período inicial en el que el poder judicial se instituyó como un poder independiente (en particular la Corte Suprema) y no justamente por la adopción de la lógica formalista (más bien lo contrario),⁹² sistemáticamente, la autoridad del derecho argentino fue pisoteada ya fuera por una tendencia formalista antes o por una tendencia interpretativista ahora. Otras, en cambio, parecen directamente cuestionar el modelo anglosajón como sistema capaz de

91. Véase CSJN, "Rizzo, Jorge Gabriel", considerando 9, segundo párrafo, en el cual la Corte Suprema defiende su función constitucional llevando a cabo un repaso de todas las leyes invalidadas por el tribunal en su mayor parte durante la última década las cuales carecían de respaldo popular. El objetivo de esa ilustración claramente está dirigido a respaldar su autoridad frente a la decisión de anular una reciente norma (reforma del Consejo de la Magistratura) que la enfrentaba con el gobierno de turno.

92. MILLER, "The authority of a foreign talisman...", p. 1483.

generar autoridad. Desde este enfoque, la autoridad del derecho solo podría garantizarse a través de un sistema codificado de normas que restrinja al máximo la discrecionalidad judicial y desvincule al juez de toda función constitucional o lo reduzca al rol de ejecutor. Esa propuesta, cuya veracidad puede cuestionarse, por lo menos, a la luz de los resultados de distintas comunidades de raíz anglosajona, puede resultar factible en el marco de un modelo estrictamente continental. Pero parece no ser compatible con las características de nuestro sistema constitucional.

V. ¿UN COMIENZO ALENTADOR?

El debate sobre el modelo judicial o la interpretación de la ley navega entre extremos insostenibles desde donde no parece viable la construcción de un sistema de reglas. Si quienes se encuentran a cargo de aplicar las normas y hacerlas valer las relativizan ya fuera a través de una tendencia interpretativista o ritualista es difícil esperar un comportamiento distinto por parte del resto de la ciudadanía. Leídos en "su mejor luz", como diría Dworkin, todos los jueces deberían ser en parte formalistas y en parte interpretativistas. La estricta aplicación de la ley forma parte de su mandato constitucional, así como también su interpretación ante su falta de claridad. El mayor desafío que plantea nuestro sistema parte de haber adoptado un modelo judicial híbrido. Por un lado, recepta un control de constitucionalidad difuso atribuyendo a todos los jueces sin excepción la posibilidad de juzgar la compatibilidad de las normas con un texto constitucional robusto de derechos. Por el otro, demanda el empleo de una lógica formalista en la aplicación de reglas. En algún punto, las pretensiones de ambos modelos colisionan y se hace necesario armonizarlas.

De a poco parece surgir un espacio para romper esta lógica de extremos y comenzar a transitar un saludable debate sobre la interpretación de las normas, aceptando que ni el derecho presenta una estructura absolutamente indeterminada como parecen sostener interpretativistas, ni tampoco absolutamente certera como parecen esgrimir formalistas.⁹³ Es en ese

93. Calculo que la respuesta de un "interpretativista" sería "yo nunca dije que todo era interpretable" y la de un "formalista" diría lo contrario ("yo nunca dije que nada era interpretable"). Pero en algún punto su estrategia es similar. El interpretativista confrontado con un caso simple con cuyo resultado discrepa invocaría los principios constitucionales

equilibrio en el que parece ser necesario desarrollar una ética judicial que resista la tentación de caer en extremos por ahí es posible empezar a elaborar nuestras propias convenciones que sostengan la mentada autoridad del derecho.

La reciente reforma del Código Civil y Comercial parece ir por esta senda. Por un lado, la reforma incorporó gran parte de los estándares elaborados por la Justicia a las rígidas pautas establecidas por un Código cuya última gran reforma databa de 1968. Por el otro, confirmó cierto margen de discrecionalidad a los jueces para adaptar las normas a las características de los casos que enfrenta (numerosas normas incluyeron nociones como “razonabilidad” o delegan en el juez el desarrollo de estándares adaptables a los casos). Las declaraciones del nuevo Presidente de la Corte Suprema también se inscribirían en este camino. En entrevistas recientes ha señalado la obligación de aplicar la ley en forma rigurosa y, de ser necesaria su interpretación, atenerse a las “tradiciones interpretativas”. Podrá cuestionarse que justamente en nuestro país esa posibilidad brilla por su ausencia. Sin embargo, en algún momento debemos empezar por sentar las bases de un lenguaje común desde donde construir una práctica jurídica consistente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*, Marcial Pons, 2008, Madrid, traducción de Carlos Bernal Pulido.
- ALLAN, Trevor R.S., “Dworkin and Dicey: The Rule of Law as Integrity”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 8, N° 2, pp. 266-272.
- AMAR, Akhil R., *America’s unwritten constitution: The precedents and principles we live by*, Basic Books, 2012, Nueva York.
- BECCARIA, Cesare, *Tratado de los Delitos y las Penas*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, Madrid.
- BENTHAM, Jeremy, “Truth Versus Ashhurst, Or, Law as It Is, Contrasted with What Is Said to Be”, en BOWRING, John, *The Works of Jeremy*

—cuya correcta interpretación solo él conoce— para transformar lo simple en complejo. El formalista confrontado con un caso difícil apelaría a un textualismo poco esclarecedor o a una solución originalista —cuya correcta interpretación también solo él reconoce— transformando en simple lo complejo.

- Bentham*, Vol. V, Edinburgh W. Tait; 1843, London, Simpkin, Marshall, pp. 231-237.
- BOGUS, Carl T., "Rescuing Burke", en *Missouri Law Review*, 2007, Vol. 72, N°.2, pp. 387-476.
- BREST, Paul; LEVISON, Sanford; BALKIN, Jack M. & otros, *Processes of Constitutional Decisionmaking*, 7° ed., Wolters Kluwer, 2018, Nueva York.
- BULYGIN, Eugenio, "El concepto de eficacia", en KELSEN, Hans, BULYGIN, Eugenio, WALTER, Robert, *Validez y Eficacia en el Derecho*, Astrea, 2005, Buenos Aires, pp. 22-47.
- BURKE, Edmund, *Reflections on the Revolution in France*, 1890, Macmillan.
- CARRIÓ, Genaro R., *Sobre los Límites del Lenguaje Normativo*, Astrea, 2008, Buenos Aires.
- CONTESE SINGH, Javier, "¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidad de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Human Rights: Theoretical Possibilities and Practical Challenges*, Yale Law School American Legal Studies, Program for SELA, pp. 1-31, URL www.law.yale/intelectuallife/16072.htm, consultado 12/01/19.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Bayarri vs. Argentina", "Caso Bayarri vs. Argentina", 30/10/2008.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Acordada de fecha 10/09/1930.
- , "Acordada del 30", "Acordada sobre reconocimiento del Gobierno Provisional de la Nación", 10/09/1930.
- , "Acosta, Alejandro Esteban", "Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737 causa n°28/05c", 23/04/2008, *Fallos* 331:858.
- , "Acosta, Claudia Beatriz", "Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus, 22/12/1998, *Fallos* 321:3555.
- , "Acosta, Jorge Eduardo", "Acosta, Jorge Eduardo y otro s/ recurso de casación, 08/05/2012, *Fallos* 335:533.
- , "Alespeiti, Felipe Jorge", "Alespeiti Felipe Jorge s/incidente de recurso extraordinario", 18/04/2017, *Fallos* 340:493.
- , "Aramayo, Domingo Raúl s/ reposición en el cargo", 14/02/1984, *Fallos* 306:72.
- , "Arcuri, Gabriel Alejandro", "Arcuri, Gabriel Alejandro c/ m° del interior - art. 3 ley 24.043", 21/06/2000, *Fallos* 323:1625.
- , "Arriola, Sebastián", "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Al-

- berto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa Arriola, Sebastián y otros s/ causa n°9080", 25/08/2009, *Fallos 332:1963*.
- , "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia", "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros", 06/11/2018, *Fallos 341:1511*.
- , "Ategam S.A.", "Ategam S.A. c/ Provincia de Chubut s/demanda contencioso-administrativa", 05/09/2006, *Fallos 329:3546*.
- , "Avellaneda Huergo, Alfredo", "Avellaneda Huergo, Alfredo c/ Nación", 12/04/1935, *Fallos 172:344*.
- , "Ballvé, Horacio Jorge", "Ballvé, Horacio Jorge c/ Administración Nacional de Aduanas s/ nulidad de resolución", 09/10/1990, *Fallos 313:1007*.
- , "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Dirección General Impositiva s/d.g.i.", 11/12/2007, *Fallos 330:4988*.
- , "Batalla Rufino", "Recurso queja n° 1 - imputado: Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/inf. art. 144 bis inc.1 - según ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art.142 inc.1), privación ilegal libertad agravada art 142 inc 5, inf. art. 144 - según ley 14.616, inf. art 144 - según ley 14.616, homicidio agravado con ensañamiento - alevosia, sust. de menores de 10 años (art.146) - ley 11.179 y supres. del est.civ. de un menor", 04/12/2018, *Fallos 341:1768*.
- , "Bazterrica, Gustavo Mario", "Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes", 29/08/1986, *Fallos 308:1392*.
- , "Blum, Nicolás Ricardo", "Blum, Nicolás Ricardo y Cartagena, Juan Manuel s/ causa n° 4052", 15/04/2004, *Fallos 327:991*.
- , "Carlos Miguel Kunkel", "Kunkel, Carlos Miguel c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", 18/03/1997, *Fallos 320:305*.
- , "Carranza Latrubesse, Gustavo", "Carranza Latrubesse Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de relaciones exteriores - provincia de Chubut - s/proceso de conocimiento, 06/08/2013, *Fallos 336:1024*.
- , "Cerámica San Lorenzo", "Cerámica San Lorenzo I.C.S.A. s/ apelación multa 20.680", 01/12/1988, *Fallos 311:2453*.
- , "Dufourq, Felix E.", "Dufourq, Felix E. s/ amparo", 27/03/1984, *Fallos 306:174*.
- , "Esposito, Dardo Luis", "Recurso Queja n° 1 - Esposito Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/accidente - ley especial", 07/06/2016, *Fallos 339:781*.

- , "Felicetti, Roberto", "Felicetti, Roberto y otros (La Tablada), 21/12/2000, *Fallos* 323:4130.
- , "Flores, Lorena Romina", "Flores, Lorena Romina c/ Giménez, Marcelino Osvaldo y otro y otro s/daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte), 06/06/2017, *Fallos* 340:765.
- , "Kot, Samuel S.R.L. s/ recurso de hábeas corpus", 5/09/1958, *Fallos* 241:291.
- , "Lima, Maira Joana", "Lima, Maira Joana y otros c/ Agon, Alfredo; Sastre, María Patricia y otros y otro s/daños y perjuicios", 05/09/2017, *Fallos* 340:1185.
- , "López, Enrique Eduardo", "Recurso queja nº 1 - López, Enrique Eduardo c/ Horizonte Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. s/accidente - ley especial", 04/07/2017, *Fallos* 340:910.
- , "Martínez, Baldomero y otro", 05/08/1865, *Fallos* 2:127.
- , "Mazzeo Julio Lilo y otros s/ S/rec. de casacion e inconstitucionalidad, 13/07/2007, *Fallos* 330:3248.
- , "Molinas, Ricardo F.", "Ricardo F. Molinas s/ recurso de amparo", 10/05/1968, *Fallos* 270:367.
- , "Montalvo, Ernesto Alfredo", "Montalvo, Ernesto Alfredo psa. inf. ley 20.771.", 11/12/1990, *Fallos* 313:1333.
- , "Muiña, Luis", "recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro si recurso extraordinario", en Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/a determinar", 03/05/2017, *Fallos* 340:549.
- , "Municipalidad de la capital c/ Elortondo", "Municipalidad de la capital c/ Elortondo", 12/11/1888, *Fallos* 33:162.
- , "Orellano, Francisco Daniel", "Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/juicio sumarísimo", 07/06/2016, *Fallos* 339:760.
- , "Paez Alfonso, Matilde", "Recurso queja nº 1 - Paez Alfonso, Matilde y otro c/ Asociart ART S.A. y otro s/indemn. por fallecimiento", 27/09/2018, *Fallos* 341:1268.
- , "Piñeiro, María Elvira", "Piñeiro, María Elvira s/ sucesión ab intestato", 11/02/1997, *Fallos* 320:61.
- , "Pitto, Luis María", "Pitto, Luis María / petición", 03/04/1962, *Fallos* 252:177.
- , "Rizzo, Jorge Gabriel", "Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 gente de derecho) s/acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional ley 26855 s/ medida cautelar", 18/06/2013, *Fallos* 336:760.

- , "Rodríguez, Juan Ramón", "Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro.", 15/04/1993, *Fallos 316:713*.
- , "Saguir y Dib, Claudia Graciela", "Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización", 06/11/1980, *Fallos 302:1284*.
- , "Sejean", "Sejean, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean", 27/11/1986, *Fallos 308:2268*.
- , "Siri, Angel", "Siri, Angel s/interpone recurso de hábeas corpus", 27/12/1957, *Fallos 239:459*.
- , "Sojo, Eduardo", "Sojo, Eduardo s/ recurso de hábeas corpus", 22/09/1887, *Fallos 32:120*.
- , "Suarez Mason, Carlos Guillermo", "Suárez Mason, Carlos G. y otros s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc.", 21/06/1988, *Fallos 311: 1042*.
- , "Unión Personal de Fábricas de Pintura y Afines de la R.A", "Recurso queja n° 1 - Unión Personal de Fábricas de Pintura y Afines de la R.A c/ Colorin Industria de Materiales Sintéticos S.A s/ejecución fiscal", 27/09/2018, *Fallos 341:1284*.
- , "Videla, Jorge Rafael", "Videla, Jorge Rafael y otros s/recurso extraordinario, 10/04/2018, *Fallos 341:336*.
- , "Villamil, Amélia Ana", "Villamil, Amélia Ana c/ Estado Nacional s/daños y perjuicios", 28/03/2017, *Fallos 340:345*.
- Court of Appeals of New York, "Riggs vs. Palmer", "Philo Riggs, as guardian ad litem et al., appellants, vs. Elmer e. Palmer et al., respondents", 08/10/1889, 115 NY 506.
- DAMASKA, Mirjan R., *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado, Análisis Comparado del Proceso Legal*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, Santiago de Chile, traducción de Andrea Morales Vidal.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis, *Democracy in America and Two Essays on America*, 13th ed., Penguin Books, 2003, London.
- DICEY, Albert V., *An Introduction to the Study of Law and the Constitution*, Macmillan, 8^a ed., 1923, London.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, Cambridge MA.
- , "En qué se parece el derecho a la literatura", en DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, Ed. Siglo XXI, 2012, Buenos Aires.
- , "¿Puede ser que no haya una respuesta correcta para casos difíciles?", en DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, Ed. Siglo XXI, 2012, Buenos Aires.

- FARRELL, Martin D., "Positivismo Jurídico: Dejen que herede Palmer", en *Lecciones y Ensayos*, N° 93, pp. 63-84.
- , "An obsession with unity", en *Segunda Conferencia Anual UBA-NYU, El Legado de Ronald Dworkin*, 7 y 8 de mayo 2015, URL <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/martin-farrell.pdf>.
- FLETCHER, George P., *Lo Justo y Lo Razonable*, Hammurabi, 2007, Madrid.
- GALLIE, Walter B., "Essentially contested concepts", en *Proceedings of the Aristotelian society, Aristotelian Society*, 1955, Vol. 56, pp. 167-198.
- GARAY Alberto F. & TORANZO Alejo, "Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *Jurisprudencia Argentina*, 2005-IV-1085.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, 4ª ed., La Ley, 2015, Buenos Aires.
- GONZÁLEZ BERTOMEU, Juan F., "¡Sin Precedentes!", en *Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Abeledo Perrot, pp. 1-63.
- , "La Onda de la Constitución: La Corte Constitucional de Colombia y su doctrina sobre la sustitución", en *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA)*, 2017, URL https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela17_bertomeu_cv_spa.pdf.
- GREY, Thomas. C., "Origins of the unwritten constitution: fundamental law in American revolutionary thought", en *Stanford Law Review*, 1977, Vol. 30, N°5, pp. 843-893.
- HART, Herbert L. A., *El Concepto del Derecho*, 3ª ed., Abeledo Perrot, 2011, Buenos Aires, traducción de Genaro Carrió.
- HAYEK, Friedrich. A., *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy Volume I: Rules and Order*, University of Chicago Press, 1973.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Hackett Publishing Company Inc., 1994, Cambridge.
- , *Diálogo entre un Filósofo y un Jurista y Escritos Autobiográficos*, Tecnos, 2013, Madrid.
- JENSEN, Guillermo, "Acerca de los jueces legisladores", en *En disidencia*, 2018, 09/2018, Universidad de San Andrés.
- JONES, Emily, *Edmund Burke and the Invention of Modern Conservatism, 1830-1914: An Intellectual History*, Oxford University Press, 2017.

- KENT, James, *A Lecture, Introductory to a Course of Law Lectures in Columbia College, Delivered February 2, 1824*, The College, 1824.
- KOSKENNIEMI, Martti, “Sovereignty, Property and Empire: Early Modern English Contexts”, en *Theoretical Inquires in Law*, 2017, Vol. 18, N°2, pp. 355-389.
- Los Simpson, “Bart’s inner child” (“El niño que hay en Bart” en su versión en español), Temp. 5, Cap. 7.
- MALARINO, Ezequiel, “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los organismos interamericanos de protección de los derechos humanos para los Tribunales Nacionales”, en *Sistema de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, México, pp. 435-457.
- MILLER, Jonathan M., “The authority of a foreign talisman: A Study of U.S. constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentina Elite’s leap of faith”, en *American University Law Review*, 1996, Vol. 46, Issue 5, p. 1483.
- MONTESQUIEU, *De L’ Esprit Des Lois*, Garnier Frères Libraires—Éditeurs. New York Court of Appeals, “Riggs vs. Palmer”, “Philo Riggs, as Guardian ad litem et al., Appellants, v Elmer E. Palmer et al., Respondents”, 08/10/1889.
- OST, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez”, en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 4, número 8, 2007, ISSN 1667-4154, pp. 101-130.
- PÉREZ SAMMARTINO, Osvaldo, “El aborto y la magia de la constitución”, en *En disidencia*, 2018, 09/2018, Universidad de San Andrés.
- POCOCK, John G. A., “Burke and the Ancient Constitution – a Problem in the history of ideas”, en LIVELY, Jack & REEVE, Andrew, *Modern political theory from Hobbes to Marx: key debates*, Routledge, 2013, pp. 261-312.
- RANTOUL, Robert Jr., *An Oration Delivered Before the Democrats and Antimasons, of the County of Plymouth; At Scituate, on the Fourth of July, 1836*, General Books LLC, 2012.
- RIVERA, Julio Cesar (h.) & LAGARRE, Santiago, “La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2006–IV–1333.
- “La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis vertical”, en *La Ley*, 2009–E, 820.

- ROOSEVELT, Franklin D. (2015), "'Fireside Chat' (March 9th, 1937)", en *Processes of Constitutional Decision-making*, 6th ed., Wolters Kluwer, 2015, pp. 626-630.
- ROSLER, Andrés, "Hermes o la continuación de Antígona por otros medios. Una crítica al interpretativismo", en *Revista Jurídica Universidad de San Andrés*, N° 6, 32, pp. 1-27.
- SAGÜÉS, Néstor, "Interpretación constitucional y alquimia interpretativa (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2004, N°1, pp. 151-170.
- SCHMITT, Carl, & KELSEN, Hans, *La Polémica Schmitt/Kelsen sobre la Justicia Constitucional: El defensor de la Constitución vs. ¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, Tecnos, 2009, Madrid, traducción de Manuel Sánchez Sarto.
- SCHWARTZ, Bernard, *Reins of Power: A Constitutional History of the United States*, 1963, Hill & Wang, 1963, New York.
- SUNSTEIN, Cass R., "Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship Between Due Process and Equal Protection", en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 55, N° 4, 1988, p. 1161-1179.
- Supreme Court of The United States, "Adkins v. Children's Hospital", "Adkins et al., constituting the minimum wage board of the District of Columbia, vs. Children's Hospital of the District of Columbia. Same vs. Lyons", 09/04/1923, *261 U.S. 525 (1923)*.
- , "Hammer vs. Dagenhart", "Hammer, United States Attorney for the Western District of North Carolina, v. Dagenhart et al.", 03/06/1918, *247 U.S. 251 (1918)*.
- , "Lemon vs. Kurtzman", "Lemon et al. v. Kurtzman, Superintendent of public instruction of Pennsylvania, et al." 28/06/1971, *403 U.S. 602 (1971)*.
- , "Lochner vs. New York", "Lochner vs. New York", 17/04/1905, *198 U.S. 45 (1905)*.
- , "Marbury vs. Madison", "William Marbury vs. James Madison, Secretary of State of the United States", 24/02/1803, *352, 5 U.S. 137*.
- , "Marsh vs. Chambers", "Marsh, Nebraska State Treasurer, et al. vs. Chambers", 05/07/1983, *463 U.S. 783 (1983)*.
- , "NLRB vs. Jones & Laughlin Steel Corp.", "National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin Steel Corp.", 12/04/1937, *301 U.S. 1 (1937)*.

- , "Planned Parenthood of *Southeastern Pennsylvania, et al. v. Robert P. Casey, et al.*", 29/06/1992, *505 U.S. 833 (1992)*.
- , "Plessy vs. Ferguson", 18/05/1896, *163 U.S. 537 (1896)*.
- , "Roe et al. vs Wade, District Attorney of Dallas County", 22/01/1973, *410 U.S. 113 (1973)*.
- , "Swift vs. Tyson", "John Swift v. George W. Tyson.", *41 U.S. 1, 16 pet. 1*.
- , "Town of Greece vs. Galloway", "Town of Greece, New York, petitioner v. Susan Galloway et al", 05/05/2014, *134 s.ct. 1811 (2014)*.
- , "West Coast Hotel vs. Parrish", "West Coast Hotel Co. v. Parrish et al.", 29/03/1937, *300 U.S. 379 (1937)*.
- TAMANAH, Brian Z., *On the Rule of Law, History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2009.
- TRUBEK, David M., "Max Weber on law and the rise of capitalism", en *Wisconsin Law Review*, 1972, pp. 720-753.
- WALDRON, Jeremy, "The core of the case against judicial review", *Yale Law Journal*, Vol. 115, Issue 6, 2005, pp. 1346-1406.
- WALTERS, Mark D., "Dicey on Writing the Law of the Constitution", en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 32, N° 1, 2011, pp. 21-49.
- YOUNG, Ernest, "Rediscovering conservatism: Burkean political theory and constitutional interpretation", en *North Carolina Law Review*, Vol. 72, N°3, 1994, pp. 619-724.

LA TEORÍA INTERPRETATIVA, EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LOS JUECES ROBIN HOOD: LA CULPA NO ES DE DWORKIN*

JULIO MONTERO**

Resumen: Este ensayo se propone elucidar algunos postulados fundamentales de la filosofía del derecho de Ronald Dworkin. En particular, el autor sostiene que la tesis de que el derecho *siempre* requiere interpretación no implica que los jueces puedan manipular las normas legales según su propia concepción de la justicia. El ensayo distingue dos módulos conceptuales, relacionados pero distintos, que articulan la filosofía legal de Dworkin. El primero es su teoría del derecho como práctica social interpretativa, mientras que el segundo es la interpretación particular del derecho que Dworkin propone: el derecho como integridad. La tesis de que el derecho debe ser interpretado siempre, se relaciona con el primero de estos módulos más que con el segundo. En cambio, a la hora de aplicar el derecho, los jueces deben recurrir a la técnica de adjudicación contenida en el derecho como integridad. Y contrariamente a lo que suele pensarse, esta técnica reduce considerablemente la discrecionalidad de los tribunales. La conclusión es que nada en la teoría de Dworkin favorece especialmente el activismo judicial.

Palabras clave: activismo judicial — adjudicación — el derecho como integridad — *law's empire* — positivismo jurídico

Abstract: This essay aspires to elucidate some of the fundamental postulates of Ronald Dworkin's legal philosophy. In particular, the author argues that the thesis that law must *always* be interpreted does not imply that judges can manipulate the legal norms of their community in view of their own conception

* Recepción del original: 06/03/2019. Aceptación: 11/04/2019.

** Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina, Universidad de Buenos Aires, Centro de Investigaciones Filosóficas. La ocurrencia "La culpa no es de Dworkin" me fue sugerida por el Prof. Andrés Rosler en conversación personal. Le estoy agradecido por su inmensa creatividad. También agradezco a Jonas Elfman por sus valiosos comentarios a una versión preliminar del artículo.

of justice. The essay distinguishes between two conceptual layers, intimately related though different, that are constitutive of Dworkin’s legal philosophy. The first one is his theory of law as an interpretive practice, whereas the second one relates to the specific interpretation of the legal practice he proposes: law as integrity. The thesis that law must always be interpreted pertains to the former layer rather than the latter. Instead, when it comes to enforcing the law, judges must use the adjudication technique included in law as integrity. Contrary to what is often assumed, this technique significantly reduces the margin of discretion of judges. The conclusion is that Dworkin’s theory does not promote judicial activism —at least no more than other theoretical approaches to the legal practice.

Keywords: judicial activism — adjudication — law as integrity — *law’s empire* — juridical positivism

I. INTRODUCCIÓN

La publicación de *Law’s Empire* cambió la filosofía del derecho para siempre.¹ Cualquiera que aborde la disciplina en la actualidad tiene que explicar si está con Dworkin o en contra de él, y hasta sus detractores no pueden más que reconocer la extraordinaria influencia que su teoría ha tenido sobre la práctica judicial en el mundo occidental. Pero a pesar de su inmensa popularidad, la teoría de Dworkin tiende a ser malinterpretada por críticos y seguidores en partes iguales. En gran medida, esto se debe a su complejidad intrínseca, al tono provocativo que Dworkin suele adoptar al presentarla y al uso de metáforas para ilustrar ideas clave.²

Para muchos, el aspecto más polémico de su filosofía legal es la tesis de que el derecho *siempre* debe ser interpretado. Algunos celebran esta idea como la coartada perfecta para que los jueces *mejoren* el derecho, depurándolo de incrustaciones conservadoras y subsanando los errores de los otros poderes. El juez ya no es un mero sirviente de una corporación legislativa paradójicamente contramayoritaria; puede vestirse de Robin Hood y luchar por una sociedad más justa sin abandonar su despacho. Como era de esperar, esta supuesta implicancia de la teoría suscitó la indignación de

1. DWORKIN, *Law’s Empire*.

2. Una fuente adicional de confusión tal vez se vincule a que muchos participantes en el debate pretenden reducir la teoría de Dworkin a alguna variante de iusnaturalismo tradicional.

muchos otros. Y no solamente de conservadores recalcitrantes o autoritarios, sino también de quienes creen que el mayor tributo que un juez puede rendir a la justicia es respetar las decisiones democráticas y reservar sus convicciones personales para los tratados de filosofía, las discusiones políticas o las charlas de café.

El objetivo de este breve ensayo es elucidar las principales tesis de Dworkin. O más bien, ofrecer una interpretación de su teoría que ayude a entender mejor su verdadero impacto sobre la práctica legal.³ Mis conclusiones serán decepcionantes tanto para sus simpatizantes como para sus detractores: el derecho como integridad es mucho menos radical de lo que suele pensarse y la técnica interpretativa que lo acompaña recorta sustancialmente la discrecionalidad de los jueces. Si la industria académica contemporánea ha producido teorías que abonan un activismo judicial irresponsable, el derecho como integridad no es una de ellas.

II. EL DERECHO COMO PRÁCTICA INTERPRETATIVA

La tesis medular de la teoría interpretativa es la que le da su nombre: el derecho es una práctica social interpretativa. Los jueces no pueden aplicarlo mecánicamente, sino que para operar con él deben embarcarse en una actividad intelectual relativamente sofisticada, que involucra consideraciones valorativas además de empíricas.⁴ La lectura más difundida de esta tesis es que bajo el pretexto de "interpretar" el derecho, los jueces pueden manipular el sentido de cualquier norma legal según sus propias convicciones sobre la justicia: una obligación puede convertirse en un derecho y un derecho en una obligación como por arte de magia. No importa que la letra de la ley sea absolutamente transparente.⁵

Pero esta lectura es una simplificación extrema que pone al interpretativismo al borde del ridículo. Pues como muchos críticos han señalado, en la mayoría de los casos existe una diferencia obvia entre interpretar una norma y comprenderla. En principio, necesitamos *interpretar* cuando el sentido literal de la norma es ambiguo, impreciso o confuso. En los

3. Para una exposición excelente de la teoría del derecho de Dworkin, véase POSTEMA, "Protestant interpretation and social practices".

4. DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 31-44.

5. ROSLER, "Hermes o la continuación de Antígona...".

casos restantes, basta con *comprender* la directiva mediante una simple intelección de los términos que se usaron para expresarla.⁶ Por ejemplo, para aplicar la regla "no se permiten vehículos en el parque", un juez no tiene más que localizar el sentido de términos como "vehículo" y "parque" en el mapa semántico de su comunidad de hablantes. Y si tiene dudas al respecto alcanza con comprar un diccionario.⁷

Para comprender plenamente esta controvertida tesis, conviene distinguir con mayor precisión dos módulos conceptuales, íntimamente relacionados pero distintos, que articulan la teoría del derecho de Dworkin. El primero de ellos es la teoría interpretativa propiamente dicha: una teoría filosófica general sobre la naturaleza de la práctica legal como actividad humana. En cambio, el segundo módulo es una concepción específica de esa práctica, el derecho como integridad, que contiene una técnica particular de adjudicación.⁸ La tesis de que el derecho *siempre* requiere interpretación pertenece al primero de estos módulos más que al segundo.

Al nivel más general, la teoría interpretativa es parte del debate abstracto que Dworkin mantiene con la variante del positivismo jurídico elaborada por Herbert Hart, "positivismo metodológico" en la taxonomía de Carlos Nino.⁹ En esencia, esta postura sostiene que el concepto de derecho puede reconstruirse por medios mayormente descriptivos. Para saber en qué consiste esa actividad que llamamos derecho y qué reglas generales la rigen, debemos estudiar el comportamiento de las comunidades jurídicas, identificar los presupuestos compartidos por sus miembros y construir un modelo que los articule de manera sistemática, dando cuenta de sus ca-

6. ROSLER, "Hermes o la continuación de Antígona..."; MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, pp. 90 y ss.

7. Aunque, como sabemos, quizá deba decidir si la prohibición rige para ambulancias o triciclos, en cuyo caso deberá determinar qué técnica aplicar para componer el sentido exacto de la ley. ¿Sentido común? ¿Precedentes? ¿Intención real del legislador? ¿Intención hipotética? Y no bien de ese paso ya estará lanzado a la empresa interpretativa.

8. Mientras que la teoría propiamente interpretativa está expuesta en el capítulo 2 de *Law's Empire*, el derecho como integridad se presenta recién en el capítulo 7. Mi impresión es que muchos de los malentendidos más extendidos sobre la filosofía del derecho de Dworkin se deben a que los lectores confunden ambos planos, o directamente creen que la teoría de la interpretación de prácticas sociales desarrollada en el capítulo 2 es la que se aplica a la resolución de casos.

9. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cap. 1.

racterísticas más destacadas.¹⁰ Al realizar esta tarea no es necesario que el teórico recurra a su acervo valorativo: la práctica del derecho puede ser *explicada* del mismo modo en que un biólogo explicaría la conducta de las hormigas.

Es esta influyente concepción sobre la naturaleza general del derecho la que Dworkin pretende refutar mediante su teoría interpretativa. La premisa fundamental de su argumento es que el concepto de derecho no puede captarse por medios puramente observacionales, ya que los miembros de toda comunidad jurídica mantienen desacuerdos persistentes sobre qué es el derecho y sobre los criterios que debemos usar para identificarlo.¹¹ Lo único que una aproximación empírica nos permitiría inferir es que para los propios participantes de la práctica legal el concepto de derecho es objeto de controversia: los jueces discrepan sobre cómo resolver casos precisamente porque discrepan respecto de qué es el derecho.

Para respaldar su hipótesis, Dworkin apela a una serie de casos reales, orientados a mostrar que incluso cuando los jueces están de acuerdo sobre la solución que se ajusta a derecho, a menudo justifican su postura de maneras distintas.¹² En todos esos casos, los jueces no discrepan sobre si la solución que el derecho aporta es justa, ni sobre los hechos relevantes. Su desacuerdo es esencialmente sobre qué criterios aplicar para decidir sobre la verdad de las proposiciones jurídicas:¹³ sobre si la intención de los legisladores debe ser tenida en cuenta para componer el sentido de una norma; sobre la importancia de respetar los precedentes; sobre si los términos que expresan las normas deben leerse bajo las convenciones semánticas actuales o bajo las prevalecientes al momento de adoptarlas; sobre el rol del sentido común y el interés general a la hora de adjudicar; sobre la clase de razones que un juez puede invocar legítimamente para suspender el ejer-

10. En el caso de Hart, una teoría del derecho plausible debía explicar por qué las normas legales eran continuas en el tiempo, por qué su vigencia sobrevivía a la autoridad que las enunciaba, y por qué tenían una pretensión de obligatoriedad incluso en casos en que las infracciones no pudieran ser efectivamente sancionadas. Véase HART, *The Concept of Law*, cap. 4.

11. DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 15-30.

12. DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 3-6.

13. Es decir, para decidir si una proposición como "según el código penal argentino las mujeres tienen derecho a interrumpir un embarazo que haya sido producto de una violación" es verdadera o falsa.

cicio de un derecho; sobre si una “ley interpretativa” del Congreso puede tener efectos retroactivos en el ámbito penal; etc., etc., etc.¹⁴

La conclusión más inmediata que Dworkin extrae de este recorrido por el mundo real es bien conocida: si queremos producir una teoría que explique qué es el derecho a pesar de los profundos desacuerdos en la materia, tenemos que *interpretar* la práctica social que llamamos con ese nombre, es decir construir una hipótesis sobre por qué tenemos una actividad así.¹⁵ Y esa empresa no puede ser puramente descriptiva, sino que debemos completarla con consideraciones procedentes del universo moral. En palabras de Dworkin:

“El participante que interpreta una práctica social... propone un valor para la práctica, describiendo algún esquema de intereses, metas o principios que la práctica podría tratar de servir, expresar o ejemplificar”.¹⁶

En suma, entender de qué se trata una práctica social equivale a descifrar los propósitos que aspira a promover; y una vez descubiertos, esos

14. Entre los diversos casos que Dworkin discute, *Riggs vs. Palmer* es uno de los más mencionados. Véase DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, p. 23. Muchos críticos creen encontrar en ese caso la confirmación de sus hipótesis sobre la aberrante arbitrariedad que la teoría de Dworkin promueve, la Corte se negó a aplicar una norma clara apelando al supuesto principio general “nadie puede beneficiarse de su propio delito”. No obstante, conviene notar que Dworkin jamás explica si está de acuerdo con la solución del tribunal o no. Simplemente usa el caso para ilustrar los profundos desacuerdos que existen sobre los criterios para identificar el derecho aun en casos en que la letra de la ley es clara.

15. En caso de desacuerdo, el intérprete no puede simplemente reportar las creencias compartidas por una mayoría de participantes. No solamente porque probablemente tampoco hay tal cosa, sino además porque tomar a un subgrupo de participantes como hablando en nombre de la práctica cuando hay controversias significativas sobre su naturaleza, sería una jugada arbitraria, a menos que presupongamos que la mayoría siempre es dueña de la verdad. Véase DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 62-65; POSTEMA, “Protestant interpretation and social practices”, pp. 287-289.

16. DWORKIN, *Law's Empire*, p. 52. En su formulación canónica, la tarea interpretativa se lleva a cabo mediante tres etapas complementarias: en una primera etapa preinterpretativa, el teórico identifica los paradigmas de la práctica, es decir el conjunto de actividades, pautas y estándares que la componen; en la segunda etapa, formula una hipótesis tentativa sobre las metas generales de la práctica que sea capaz de iluminar una porción considerable de ese material empírico; y finalmente, en la etapa reformadora, revisa la práctica en función de la meta propuesta. Véase DWORKIN, *Law's Empire*, p. 66.

propósitos nos brindarán pistas para reconstruir sus reglas y características genuinas, para decidir cómo continuar la actividad en el futuro.

III. LA INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA Y EL DERECHO EN SU MEJOR LUZ

La teoría interpretativa se completa con dos subtesis más específicas. La primera sostiene que la interpretación del derecho es una actividad *constructiva*: el intérprete debe *imponer* un sentido propio a la actividad. En la medida en que el teórico del derecho no puede simplemente *reportar* un sentido comunitario compartido, no tiene más alternativa que generar una hipótesis personal sobre su razón de ser. Y para eso debe examinar la actividad bajo el lente de su propio repertorio normativo a fin de identificar cuál es exactamente el valor que anima la práctica legal.¹⁷ Para ilustrar el punto imaginemos que usted es un antropólogo al que encomiendan escribir un informe sobre cierta práctica social mantenida por los habitantes de una tribu remota.¹⁸ Imaginemos ahora que usted viaja al lugar y, tras interrogar a los miembros de la tribu y realizar varias encuestas, descubre que no existe entre ellos un consenso sobre la naturaleza de la actividad. Si aun así usted quiere cumplir con la misión que le han encargado, no tendrá más remedio que asumir la perspectiva de un participante y tratar de determinar

17. DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 52-53.

18. Para los lectores que prefieran ejemplos reales, podemos probar con la práctica social del matrimonio. De hecho, el matrimonio ejemplifica a la perfección la idea de una práctica social interpretativa: una mayoría de participantes le asignan valor, pero discrepan sobre sus reglas concretas. Mientras algunos creen que puede haber matrimonio genuino entre personas del mismo sexo, otros lo niegan terminantemente. Y discrepan sobre las reglas del matrimonio precisamente porque discrepan sobre sus metas normativas. Es obvio que esta disputa no puede resolverse mediante encuestas de opinión: se trata de una discusión sobre lo que el matrimonio es *en realidad*, no sobre lo que la mayoría cree que es. Ergo, quien quiera resolver la disputa —ya se trate de un filósofo social o un mero ciudadano— debe interpretar la práctica, es decir, construir una hipótesis sobre el valor que pretende encarnar: ¿es su meta preservar ciertas tradiciones comunitarias o el modelo de la familia tradicional? ¿Aspira a promover la reproducción de la especie? ¿Se trata quizá de una institución por medio de la cual dos personas declaran públicamente su intención de formar una unidad afectiva estructurada sobre el amor y el cuidado recíproco? ¿Es una mera relación contractual entre dos partes cualesquiera? Para responder a estas preguntas, es inevitable internarnos en la interpretación social, siguiendo el doble imperativo de "encaje" y "atractivo".

qué lo motivaría a involucrarse en una actividad así.¹⁹ Tal vez se podría retrucar que para realizar exitosamente esta tarea usted no debe apelar a su propio esquema de intereses, sino reconstruir el universo de creencias de la tribu. Pero la objeción se torna irrelevante en el caso del derecho, ya que el teórico que pretende interpretarlo es al mismo tiempo un miembro de la comunidad de participantes que cohabita su mismo espacio valorativo.²⁰

Por supuesto, la interpretación de prácticas sociales no puede ser una actividad creativa libre. No es como escribir un poema; se trata de una interacción entre valores y hechos externos que el intérprete no maneja. En tal sentido, el intérprete no puede proponer cualquier hipótesis sobre las metas del derecho. Hay un requisito clave que su propuesta tiene que satisfacer: debe ser capaz de iluminar una porción significativa de los rasgos que componen la práctica en su estado actual —“paradigmas”—, en la jerga de Dworkin. Este requisito, conocido como la condición de “encaje”, opera como un filtro inicial que nos permite descartar interpretaciones obviamente arbitrarias o capciosas.²¹ Si una teoría sobre la naturaleza del derecho no puede explicar, por ejemplo, por qué el derecho involucra textos legales, tribunales de justicia y sentencias, o por qué las normas jurídicas son continuas en el tiempo y tienen una pretensión de autoridad, no tenemos ninguna razón para tomarla en serio. Estamos ante un *knockout* en el primer round.²²

19. DWORKIN, *Law's Empire*, p. 52. Por supuesto, como Dworkin mismo reconoce, nada impide que alcancemos conclusiones escépticas: bien podría suceder que la actividad que interpretamos resulte ser un mero ritual vacío de sentido o una práctica opresiva o perversa. Véase DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 76-82.

20. En contra de esta tesis también suele señalarse que los desacuerdos teóricos entre los jueces son ilusorios, una ficción construida por académicos que jamás pisaron un tribunal. En esa dirección, Andrei Marmor advierte que tan pronto los estudiantes de derecho se convierten en abogados, descubren que la práctica legal concreta no versa sobre los apasionantes asuntos discutidos en la Universidad, sino sobre materias rutinarias que apenas demandan una aplicación mecánica. Las ubicuas controversias sobre las fuentes del derecho no son tales: en la actividad jurídica predomina mayormente el acuerdo sobre qué hacer y cómo hacerlo. Véase MARMOR, *Philosophy of Law*, p. 137. Aunque persuasiva, mi opinión es que esta crítica no da en el blanco: para probar la tesis de que el derecho es una práctica social interpretativa, Dworkin no necesita que los operadores legales no compartan *ningún* acuerdo sobre *nada* en *ningún* caso; basta con que mantengan *algunos* desacuerdos sobre al menos *algunos* asuntos importantes en *algunos* casos.

21. DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 65-66.

22. POSTEMA, “Protestant interpretation and social practices”, p. 293.

La segunda subtesis sostiene que cuando el intérprete encuentre varias interpretaciones alternativas de una misma práctica social que satisfacen razonablemente el criterio de encaje, debe optar por la que incrementa su valor o la presenta "en su mejor luz". Así lo dice Dworkin:

"[...] Muy a menudo, quizá siempre, los datos conductuales duros de la práctica —qué hacen las personas en qué circunstancias— no bastarán para determinar una adscripción de valor: es decir, esos datos serán consistentes con distintas adscripciones en competencia... [En esos casos] la decisión de cada intérprete debe reflejar su evaluación respecto de qué interpretación propone mayor valor para la práctica, cuál de ellas la muestra en su mejor luz, todas las cosas consideradas".²³

No necesito advertir que esta idea es sumamente polémica. Y la justificación que el propio Dworkin ofrece para apuntalarla no es del todo convincente. En *Law's Empire* Dworkin traza una famosa analogía con la interpretación artística.²⁴ Sintetizando, su argumento es que interpretar una obra de arte implica subsumirla bajo un género más amplio, para reconstruir luego la trama y los personajes de modo tal que la obra se convierta en la mejor instancia posible del género al que pertenece. La interpretación que alcance este objetivo es la interpretación *correcta* de la obra, al margen de las intenciones del artista que la produjo. El esfuerzo por construir una interpretación que mejore al objeto interpretado, sería una especie de requerimiento hermeneúutico ineludible tanto en la crítica de arte como en la filosofía del derecho.

Los supuestos estéticos sobre los que Dworkin hace reposar su argumento son ciertamente controvertidos. Tal vez por eso, en *Justice for Hedgehogs* desarrolló una minuciosa metateoría sobre la práctica de la interpretación en sus diversos géneros.²⁵ Mi impresión es que en el caso del derecho tanta complejidad es innecesaria. El derecho es una práctica social de una clase particular, más precisamente una práctica social *normativa*. Por oposición al arte, se trata de una actividad que tiene implicancias importantes para la vida de las personas: el modo en que interpretemos

23. DWORKIN, *Law's Empire*, p. 53.

24. DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 55-62.

25. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, pp. 123-188.

el derecho repercutirá decisivamente sobre el trato que el poder político puede darnos y sobre los derechos y libertades que tenemos. Es posible que la mejor interpretación de una obra de arte no sea la que la muestra en su mejor luz estética, sino la que más se ajusta a las expectativas conscientes del autor.²⁶ Pero cuando interpretamos una práctica normativa, la tesis se vuelve mucho más plausible: si el sentido que asignemos a la práctica impactará sobre la autonomía de los ciudadanos, parece razonable proponer que *en caso de empate* debemos optar por la interpretación que mejor se acomoda a nuestras convicciones morales más consolidadas sobre la dignidad humana, la justicia y la legitimidad. Después de todo, nuestra mayor responsabilidad como participantes de una práctica social normativa es volverla tan justa como pueda ser, mientras no trastoquemos radicalmente su naturaleza.²⁷

IV. EL DERECHO COMO INTEGRIDAD

En principio, este primer módulo conceptual compuesto por la teoría interpretativa propiamente dicha es compatible con una amplia gama de concepciones sobre qué es el derecho en realidad. El hecho de que uno se comprometa con este marco metodológico no impide que construya una interpretación del derecho más próxima al positivismo jurídico en materia de adjudicación.²⁸ En tal sentido, sería perfectamente posible sostener que, dadas las metas que subyacen a la práctica legal, el derecho se agota en sus expresiones positivas. Mi impresión es que autores como Jeremy Waldron

26. Aunque las tesis artísticas de Dworkin quizá no sean del todo absurdas. Imaginemos que al ser consultado, Picasso hubiera negado que Guernica pretendía dar testimonio del atroz bombardeo de ese pueblo por parte de los Nazis en la antesala de la Segunda Guerra Mundial. Imaginemos incluso que añadiera que su intención consciente fue en realidad capturar el caos imperante en el dormitorio de sus hijos tras una tarde de juegos. ¿Sería la interpretación que se corresponde con sus intenciones la mejor interpretación de lo que hizo? ¿Por qué pensar que interpretar una obra de arte significa descifrar lo que el artista quiso comunicar en lugar de descifrar lo que la obra misma comunica?

27. La otra opción es sostener que debemos convalidar la injusticia aun cuando podemos evitarla sin ejercer violencia sobre la práctica. Antes de aceptar esta posibilidad, sería necesario un argumento.

28. Por cierto, en el capítulo 4 de *Law's Empire*, Dworkin discute esta opción bajo el nombre de "convencionalismo". Véase especialmente pp. 130-150.

y Andrés Rosler no estarían muy lejos de esta alternativa.²⁹ De hecho, todos ellos parecen derivar su positivismo de teorías morales más amplias, vinculadas con el valor supremo de la legalidad, el estado de derecho o la autoridad democrática. Si su defensa del positivismo se fundara en que "todo el mundo sabe que el derecho se agota en lo que los textos legales dicen de manera expresa", estarían tratando de saldar la disputa por decreto. Los adversarios teóricos también merecen el beneficio de la caridad interpretativa.

No obstante, la teoría del derecho de Dworkin contiene un segundo módulo. Ese módulo es su propia interpretación del derecho: el derecho como integridad. Su axioma fundamental es que la razón de ser de la práctica legal es garantizar cierta igualdad de trato entre los miembros de una comunidad política. Esto es, inventamos el derecho para asegurarnos de que el gobierno tratará a todos sus ciudadanos según una misma concepción de la justicia, aunque esa concepción sea parcialmente equivocada.³⁰ En la medida en que consideremos que esta es una meta moralmente relevante, tendremos razones para concluir que el derecho es una práctica social valiosa que debemos conservar.³¹

Por razones obvias, el derecho como integridad no pretende ser una teoría valorativamente neutra. Forma parte de un argumento más amplio de moralidad política que incluye una concepción abiertamente liberal de la legitimidad. Es precisamente ese sustrato liberal el que le permite a Dworkin descartar otras interpretaciones rivales, incluyendo las que sostienen que la meta del derecho es transmitir las órdenes del soberano, resolver problemas de acción colectiva, o garantizar el orden aun a expensas de los derechos fundamentales de las personas.³² Todos sus presupuestos normativos pueden ser rechazados. Pero si la teoría interpretativa de Dworkin es correcta, es imposible cortar del todo el cordón umbilical entre dere-

29. Véase WALDRON, *Law and Disagreement*, pp. 99-118; ROSLER, "Hermes o la continuación de Antígona...".

30. DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 187-190.

31. Dworkin cree que la integridad es un valor político distintivo que muchas veces puede entrar en conflicto con la justicia y primar sobre ella. Su tesis —ciertamente controvertida— es que preferíamos que nuestra comunidad política aplicara a todos los mismos estándares de justicia aunque estos fueran errados, y no que tratara a una porción de la ciudadanía según estándares plenamente justos y a otro sector según estándares distintos. Véase DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 202-206.

32. DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 190-215.

cho y moralidad. No hay una perspectiva arquimediana para arbitrar entre estas interpretaciones que pueda sustraerse de una comparación valorativa. Cualquiera que pretenda ofrecer una perspectiva alternativa sobre las metas esenciales del derecho debe involucrarse en la ardua empresa de la filosofía moral, respetando por supuesto la dimensión de encaje.

El derecho como integridad tiene una implicancia sumamente importante para la actividad de los jueces: cuando se presenten controversias sobre lo que el derecho requiere en un caso particular, el juez debe tratar de reconstruir los principios que articulan esa concepción de la justicia que el derecho pretende encarnar. En este nuevo nivel ya no se trata de interpretar la práctica legal como actividad humana general, sino de interpretar el derecho *particular* de una comunidad: los principios que el intérprete busca no son principios morales puros sino principios *jurídicos*. Y esta tarea involucra un complejo ejercicio intelectual. El juez no puede inventar los principios que necesita, sino que debe extraerlos del propio derecho positivo.³³ En tal sentido, su labor únicamente será exitosa cuando pueda probar que los principios que postula ya están implícitos en el sistema legal. En eso consiste precisamente justificar una sentencia. También en la aplicación del derecho, el criterio de encaje opera como un filtro implacable, pues únicamente cuando el juez encuentre más de un principio alternativo con sustento en el derecho positivo, podrá optar por aquel que vuelva el derecho de su comunidad más justo según sus convicciones personales sobre la justicia.

En contra de esta técnica de adjudicación, los positivistas suelen objetar que la distinción entre principios distintivamente *jurídicos* y principios morales es totalmente ficcional.³⁴ El juez que explora el derecho para explicitar sus principios subyacentes, siempre encuentra lo que quiere encontrar. En un sentido superficial esta tesis puede ser cierta. No debería sorprendernos que jueces liberales que interrogan una Constitución liberal encuentren en ella una buena porción de los principios morales que suscri-

33. Por ejemplo, si estamos ante una Constitución que contiene una generosa carta de derechos, según la cual cada persona es libre de realizar cualquier acción que no dañe a terceros, podemos concluir con cierta seguridad que a esa Constitución subyace un principio jurídico de respeto por la autonomía individual, aunque el término "autonomía" nunca sea invocado expresamente en el documento.

34. Véase, *e.g.*, ROSLER, "Hermes o la continuación de Antígona...".

ben.³⁵ Pero esto es solo una feliz coincidencia. Si usamos un poco la imaginación, enseguida podemos producir escenarios en los que los principios jurídicos no se yuxtaponen con las convicciones de los jueces: un integrista religioso que leyera la Constitución argentina difícilmente podría extraer de ella principios contrarios a la libertad de culto; y del mismo modo, un liberal que leyera la Constitución de la República Islámica de Irán tendría que aceptar que la concepción de la justicia que esta expresa no sanciona la igualdad plena entre los individuos ni una total separación de los poderes político y religioso. En estos casos, la distancia entre principios jurídicos y principios morales se vuelve sideral, y la decisión crucial para el juez es si la concepción de la justicia que anima el derecho de su comunidad supera el umbral de justicia mínima por encima del cual tiene una obligación de reconocerle autoridad aun en contra de su propia consciencia. Estamos ante una opción por todo o nada.³⁶

Si mi lectura del derecho como integridad es correcta, el margen de maniobra de los jueces es sumamente reducido. La teoría interpretativa no brinda un permiso para que los jueces manipulen el derecho a su antojo o usen su investidura para promover sus preferencias ideológicas. Más bien por el contrario, el derecho positivo impone un estrecho *corset* a su discrecionalidad. Esto queda bastante claro en *Law's Empire*, cuando Dworkin ilustra el modo en que opera su teoría en el plano de la adjudicación. El caso del que se sirve es el de la Sra. McLoughlin, quien presenta una demanda por daño emocional contra el automovilista que atropelló a su familia en una ruta de Gran Bretaña. El caso es bastante más intrincado, pero el problema que presenta se puede resumir así: el tribunal encargado de resolverlo no encuentra en el derecho positivo ninguna indicación concreta sobre si una persona tiene derecho a recibir compensación por (a) daños *emocionales*, (b) ocasionados por una circunstancia de daño físico contra terceros, (c) cuando dicha persona *no* estaba presente en el lugar del acci-

35. Aunque, por supuesto, no siempre encontrarán en el derecho *todos* los principios liberales que suscriben.

36. En este aspecto, no hay ninguna diferencia relevante entre Dworkin y el positivismo. Pues todo positivista sensato también aceptaría que el juez no está obligado respetar un derecho profundamente inmoral, e.g. el derecho nazi. La única excepción a la regla serían los positivistas que Nino llamaba "ideológicos", tal vez más cercanos al decisionismo político que al positivismo liberal.

dente.³⁷ El procedimiento que Dworkin recomienda para saldar la disputa se compone de una serie de pasos sucesivos:

- El juez debe identificar una serie de principios abstractos —P1, P2...Pn— que pudieran regular las demandas por daño emocional derivadas de situaciones de daño físico en las que la parte demandante no estaba presente.
- Munido de esos principios, debe examinar exhaustivamente los precedentes a fin de determinar si hay sentencias previas que le permitan inclinarse por alguno de ellos o descartar otros.
- Si el ejercicio previo no arroja resultados concluyentes debe expandir su rango de análisis, buscando pistas en normas referidas a otra clase de daños, como daños físicos o económicos.
- Si aun así no consigue saldar la disputa, debe examinar otras áreas del derecho.
- Si la indeterminación subsiste a pesar de sus mejores esfuerzos, entonces el juez puede optar por el principio que a su entender muestre el derecho en su mejor luz, volviendo la concepción de la justicia de su comunidad jurídica lo más justa que pueda ser.³⁸ No obstante, el principio que escoja debe ser lo más coherente posible con el resto de la doctrina.³⁹

37. Véase DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 23-29. Había dos casos previos en los que los tribunales se habían pronunciado sobre demandas por daños emocionales, pero en ambos la parte demandante había estado presente en el lugar del accidente. El caso es particularmente interesante porque recorrió todas las instancias del sistema judicial británico. El primer tribunal rechazó la demanda de la Sra. McLoughlin alegando que la diferencia entre estar presente o no estar presente en el lugar del accidente era crucial, ya que de otro modo el demandado no tenía manera de prever los daños ocasionados. El tribunal de apelaciones rechazó esa sentencia y falló en contra de la demandante por razones distintas: admitir demandas por daños emocionales en casos así tendría consecuencias sumamente perniciosas para el interés general, puesto que habilitaría una catarata de demandas que haría colapsar los tribunales. Finalmente, la Cámara de los Lores ordenó un nuevo juicio. El argumento de la mayoría fue que el tribunal de apelaciones había sobreestimado el peligro para el bien común, mientras que una minoría sostuvo que si el derecho le reconocía un derecho a una ciudadana, su ejercicio no podía conculcarse apelando al interés general.

38. La otra opción, dado que el derecho no dice nada explícito al respecto, sería que el juez escoja alguna solución subóptima en materia de justicia. Esta alternativa es obviamente absurda y no vale la pena considerarla hasta tanto alguien ofrezca argumentos sensatos a su favor.

39. DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 238-254.

Esta es la receta completa que se esconde detrás de la ocurrente metáfora de la novela en cadena: el juez debe construir su solución para casos que no tienen una solución evidente con el material que el derecho positivo brinda, usando su creatividad solo para identificar la solución más coherente con el pasado de la práctica legal. Su misión es reponer lo que el derecho *ya* dice de modo no expreso, y sus convicciones sobre la justicia únicamente pueden entrar en escena como un recurso de última instancia.⁴⁰ El juez de Dworkin tiene algo de filósofo, es cierto; pero es un filósofo en cadenas. Así lo explica Dworkin en un pasaje en el que se refiere al juez con el nombre de Hércules:⁴¹

“Hércules debe decidir el caso McLoughlin. Ambas partes en el caso *han citado precedentes*; cada una ha argumentado que una decisión favorable a sus intereses sería *consistente con el derecho previo*, que guardaría continuidad con la historia iniciada por los jueces que decidieron en esos casos. Hércules debe formarse su propia opinión en la materia. Del mismo modo que el novelista en cadena debe encontrar, si puede, alguna concepción coherente... que le permita pensar que un hipotético autor individual que compartiera esa concepción hubiera escrito al menos el grueso de la novela previa, Hércules debe encontrar, si puede, alguna teoría coherente sobre los derechos legales a compensación por daño emocional que le permita pensar que una misma autoridad que suscriba esa teoría hubiera podido alcanzar *la mayoría de los resultados registrados en los precedentes*”.⁴²

40. Para añadir una nueva metáfora al acervo interpretivista: la tarea judicial es semejante al armado de un rompecabezas. En los casos complejos, el derecho positivo se convierte en un montón de piezas desparramadas que el juez debe tratar de reconstruir para componer una imagen lo más coherente posible. Debe recurrir a sus capacidades intelectuales para formarse una hipótesis previa sobre la figura que podría esconderse detrás del rompecabezas. Y solo si resultara que las piezas pueden componer más de una figura coherente, el juez podría tomar una decisión sobre la base de sus propias evaluaciones de mérito.

41. El nombre “Hércules” se debe a la colosal tarea que el juez debe hacer para extraer la solución correcta en sistemas jurídicos complejos. Pese a los positivistas, la meta final de ese esfuerzo es precisamente dar con la solución que más se *ajusta* al derecho en vez de inventarla. Este es, por supuesto, un esfuerzo que los promotores del activismo judicial se negarían a hacer por sus implicancias probablemente conservadoras.

42. DWORKIN, *Law's Empire*, p. 240, énfasis agregado.

El hecho de que Dworkin haya escogido el caso McLoughlin para escenificar el *modus operandi* del derecho como integridad es revelador: no se trata de un caso en que el derecho positivo es transparente, sino de una situación para la que este no ofrece una respuesta obvia. En mi lectura, esto permite inferir que el tipo particular de interpretación que el derecho como integridad recomienda es aplicable a un universo sumamente acotado de casos. Tal vez el mismo universo de casos para los que el positivismo tradicional se entregaría a la discreción de los jueces.

Naturalmente, en la medida en que los sistemas legales se tornan más complejos, el espectro de casos sujetos a interpretación se amplía. El derecho de las democracias modernas está compuesto por una cantidad creciente de documentos, y esos documentos contienen a su vez un extenso abanico de normas en tensión recíproca, expresadas mediante términos abstractos que a menudo tienen contenido moral. Los casos en los que resulta indispensable interpretar el derecho son cada vez más, no porque los jueces estén bajo la perversa influencia de Dworkin, sino por la evolución de la propia práctica legal. La disyuntiva interesante para la filosofía del derecho no es si los jueces deben respetar el derecho o pueden cambiarlo a voluntad; la disyuntiva es más bien, si en casos de esta clase los jueces deben *extraer* la solución del derecho mediante un ejercicio interpretativo, o bien ejercer la discreción y resolver por referencia al sentido común.⁴³ Si un juez dijera "aunque es claro que el derecho dice X, yo haré Y porque es la solución más justa", le correspondería pena de cárcel.⁴⁴

Un buen ejemplo de aplicación de la técnica interpretativa puede encontrarse en la sentencia F.A.L. de la CSJN.⁴⁵ El Código Penal argentino, vigente desde 1921, establece que el aborto será castigado con pena de prisión, excepto cuando (a) esté en riesgo la vida de la mujer, o (b) cuando el embarazo sea producto de una violación o "atentado al pudor" realizado con-

43. En rigor, el derecho como integridad reduce la arbitrariedad de los jueces mucho más que el positivismo. La posición positivista estándar es que, puesto que en los casos difíciles el derecho no provee una respuesta, el juez debe ejercer la discreción en el sentido de que no está sujeto por ningún estándar legal. En cambio, Dworkin cree que, incluso en esos casos, el juez debe hacer su mayor esfuerzo por encontrar la solución en el derecho mismo.

44. La frase, que reconstruyo del modo más fidedigno posible, era sistemáticamente repetida por Dworkin en su seminario sobre Filosofía Social y Política en University College London entre 2004 y 2010.

45. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "F.A.L. s/medida autosatisfactiva".

tra una mujer "idiotas o dementes".⁴⁶ La controversia que se suscitó a partir de una demanda concreta era si toda mujer violada tenía derecho abortar, o solo aquellas que calificaran como "idiotas o dementes". Para subsanar la ambigüedad —una ambigüedad genuina más bien que una invención de *liberals* y feministas— la Corte optó por realizar una interpretación del derecho en clave dworkiniana. La sentencia es extensa y contiene muchos elementos pero, en lo esencial, la Corte construyó el sentido exacto de la norma por referencia a dos principios jurídicos que extrajo del derecho positivo, tanto nacional como internacional.⁴⁷ El primero es el principio de inviolabilidad de la persona —un individuo no puede ser forzado a afrontar costos significativos en nombre del bien común o de intereses de terceros—; y el segundo es un principio general de no discriminación, derivado a su vez de la cláusula general de que las personas son iguales ante la ley —una mujer idiota o demente no puede gozar, por esa sola razón, de más derechos que el resto de las mujeres—. Naturalmente, uno puede coincidir con la interpretación de la Corte o no. Aun así, es innegable que en su labor interpretativa los jueces no trastocaron una norma que simplemente requería ser *comprendida*, y que justificaron la sentencia apelando no a sus convicciones personales, sino a principios que parecen tener amplio sustento en las fuentes. Cualquiera que pretenda cuestionar la sentencia debe articular un argumento que explique por qué los principios identificados por la corte son errados, o por qué había otros principios más importantes que no tuvo en consideración.⁴⁸

V. EN QUÉ SENTIDO EL DERECHO DEBE SER INTERPRETADO SIEMPRE

Las consideraciones anteriores permiten entender con mayor exactitud en qué sentido Dworkin sostiene que el derecho *siempre* debe ser

46. República Argentina, Código Penal, art. 86 incs. 1 y 2.

47. De hecho, hay sentencias de mayoría y minoría. Mi análisis se centra en la mayoritaria.

48. Si en lugar de interpretar el derecho la Corte hubiera optado por otra técnica de adjudicación, ¿en qué hubiera consistido esa técnica? ¿En reponer la intención de los parlamentarios que adoptaron la norma? ¿En indagar las intenciones originales del redactor del código penal? ¿En leer la norma a la luz de la sensibilidad moral contemporánea? En cualquier caso, para seleccionar una técnica de adjudicación alternativa, la Corte tendría que haber interpretado el derecho como práctica humana general. ¿De qué otro modo podría haber decidido si la intención de los legisladores tenía primacía sobre los otros factores o viceversa?

interpretado. La tesis de Dworkin no es que los jueces pueden desconocer una norma para volver el derecho más justo, incluso en casos en los que no hay espacio para la duda razonable. De hecho, Dworkin insiste en que los jueces deben ser deferentes con el poder legislativo. Esto es consecuencia directa de sus convicciones políticas liberales: excepto en casos excepcionales, tratar a las personas con igual respeto supone acatar las decisiones que la ciudadanía adopta mediante procesos democráticos bajo regla de la mayoría.⁴⁹ En eso consiste, después de todo, una comunidad de personas iguales que se autogobiernan.

La tesis de que el derecho debe ser interpretado *siempre*, expresa una idea un tanto más compleja: dado que el derecho es una práctica social interpretativa, atravesada por controversias persistentes sobre los criterios que los jueces deben usar para identificar las normas legales a partir de los textos, es imposible aplicarlo a menos que presupongamos alguna teoría sobre su naturaleza general. Es decir, antes de resolver un caso, incluso uno trivial, el juez debe decidir si el derecho está expresado en documentos como la Constitución o también en las encíclicas del Vaticano; si la autoridad que dictó las normas positivas tiene realmente autoridad; si el derecho internacional siempre tiene prioridad normativa sobre la Constitución; si los precedentes tienen un valor absoluto o relativo; si las leyes y sentencias producidas bajo un gobierno de facto previo tienen un estatus jurídico genuino; si los fallos de tribunales internacionales son relevantes para su trabajo y en qué medida, etc. Por supuesto, estas no son preguntas que los jueces se hagan cada mañana. En general, realizan su actividad sobre un trasfondo de convicciones que asumen como una plataforma estable mientras la práctica misma no los obligue a revisarlas. Pero el juez que insista en que puede prescindir completamente de una filosofía jurídica de trasfondo es o bien un positivista dogmático, o bien un ignorante al que habría que desalojar de los tribunales.⁵⁰

49. DWORKIN, *Freedom's Law*, pp. 7-28.

50. Otra tesis de Dworkin que genera polémica es la que sostiene que los principios jurídicos y las soluciones derivadas de ellos *ya* son derecho. Algunos críticos interpretan esta tesis como sosteniendo que el ciudadano puede actuar directamente sobre la base de ese derecho leído en su mejor luz. Por ejemplo, si la Constitución argentina leída en su mejor luz incluye un derecho a interrumpir un embarazo no deseado en cualquier caso, entonces las mujeres pueden practicarse un aborto aunque exista una ley que lo prohíbe expresamente. Esta tesis también es producto de una confusión: la técnica interpretativa propia del derecho

El postulado de que la interpretación *en este sentido específico* es ineludible, puede comprobarse mediante un caso imaginario. Supongamos que el juez P es un positivista metodológico radical: no solamente niega tajantemente que la moral cumpla un rol en la identificación del derecho, sino que además suscribe posiciones escépticas en materia moral. Dado que P es parte de una comunidad jurídica ampliamente secularizada, puede ridiculizar la actitud interpretativa e insistir en que no es necesario recurrir a ningún ejercicio valorativo para reconocer las fuentes del derecho. Todo operador judicial competente ya sabe que el derecho está expresado en una serie de documentos legales bien delimitados. Solamente un filósofo delirante de tendencias posmodernas puede tener dudas al respecto, y cometer la locura de contaminar la práctica legal con proposiciones morales que carecen de valor de verdad.

Pero supongamos ahora que un buen día la mayoría de los colegas de P es infectada por un virus. Siguen siendo personas perfectamente racionales excepto por un detalle: sostienen con toda convicción que los preceptos de cierto predicador religioso que acaba de ganar popularidad, también son fuentes legítimas del derecho. Si el juez P es un positivista convencido, tal vez debería llamarse a silencio y entregarse a la nueva regla de reconocimiento consagrada por su comunidad jurídica. La otra opción que le queda, además de la renuncia, es construir un argumento filosófico que explique por qué la nueva regla de reconocimiento es errada, recurriendo a teorías del derecho sustentadas en adscripciones de valor y tesis de filosofía política normativa que le permitan iluminar los hechos que componen la práctica mejor que otras interpretaciones rivales. No necesito decir que si P opta por este camino estará jugando el juego de Dworkin. Estamos ante una rendición incondicional.⁵¹

como integridad es un dispositivo para que los *jueces* lo usen al momento de adjudicar. Si bien los ciudadanos pueden tener sus propias opiniones al respecto, la interpretación legalmente vinculante es la que los jueces hacen, aunque estén equivocados. De otro modo, la institución judicial se volvería irrelevante. Dworkin no sería un liberal sino una suerte de anarquista.

51. Para ponerlo de un modo más simple: en un sistema jurídico que contuviera una sola norma de derecho positivo que no admitiera controversias razonables sobre su sentido —e.g. “el ciudadano que no se lavare los dientes antes de dormir será castigado con pena efectiva de diez años de cárcel sin excepción”—, el juez debería abstenerse de todo ejercicio interpretativo respecto del *contenido* de la norma. No obstante, antes de decidir si aplicar esa norma o no, no podría evitar tomar una decisión sobre si esa norma es efectiva-

VI. UNA CONCLUSIÓN DECEPCIONANTE

La conclusión de este comentario es decepcionante: las tesis de Dworkin no son tan radicales como parecen. Si bien su distancia con el positivismo es considerable a nivel de la metafísica del derecho, en el plano de la aplicación la distancia entre ambas perspectivas es mucho menor. La mala noticia para muchos seguidores del interpretivismo es que esta teoría no expide una licencia para lanzarse a un activismo judicial orientado a combatir estructuras legales conservadoras. Los jueces deben procurar no apartarse de la letra de la ley a menos que se presenten controversias razonables sobre la solución correcta, ya sea por lagunas, ambigüedades, o conflictos entre reglas. Y solo son “coautores” del derecho en la medida en que sus interpretaciones de los casos sujetos a controversia inciden sobre lo que el derecho dice realmente en esos casos y sobre las sentencias futuras. Su responsabilidad como autores colectivos de una novela en cadena es escribir un capítulo *todavía no escrito*, no reescribir la novela entera.⁵² En cambio, la mala noticia para muchos detractores es que si quieren combatir el activismo militante de una generación de jueces, abogados y especialistas decididos a situarse por encima del derecho democrático, han malogrado sus esfuerzos: deben identificar mejor a su adversario. Eso no solamente les permitirá articular argumentos más precisos y mejor dirigidos, sino también apreciar en su verdadera magnitud la estatura intelectual de un autor extraordinario. La culpa no es de Dworkin.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “F.A.L. s/medida autosatisfactiva”, 13/03/2012, Fallos 335:197, URL <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=135173&cache=1518566520001> consultado 15/4/2019.

DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press,

mente parte del derecho, sobre si no hay otras fuentes del derecho además de la autoridad que dictó esa norma que puedan haber dictado otras normas en conflicto con esa, y si tiene una obligación moral de hacer lo que la norma le exige.

52. Aunque, por supuesto, la escritura de un nuevo capítulo puede alterar la interpretación de capítulos previos.

- 2011, Cambridge (Massachusetts).
- , *Law's Empire*, Hart Publishing, 2004, Oxford.
- , *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, 1996, Oxford.
- , *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, Cambridge (Massachusetts).
- HART, Herbert, *The Concept of Law*, The Clarendon Press, 1961, Oxford.
- MARMOR, Andrei, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, 2011, Princeton.
- , *Interpretation and Legal Theory*, 2ª ed., Hart Publishing, 2005, Oxford.
- NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, 1983, Buenos Aires.
- POSTEMA, Gerald, "Protestant Interpretation and Social Practices", en *Law and Philosophy*, N° 3, 1987, vol. 6, 12/1987, pp. 283-319.
- República Argentina, "Código Penal", Ley 11.179, 29/10/1921, URL <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm> consultado 15/4/2019.
- ROSLER, Andrés, "Hermes o la continuación de Antígona por otros medios. Una crítica del interpretativismo" en *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, 2018, N° 6 (32), 07/2018, URL https://www.udesa.edu.ar/sites/default/files/rosler_hermes_y_antigona_pdf_modelo.pdf consultado 15/4/2019.
- WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, 2ª ed., Oxford University Press, 1999, Oxford.

EL TRADUCTOR COMO TRAIADOR: LA NEGOCIACIÓN COMO PUENTE ENTRE JORGE LUIS BORGES Y RODOLFO WALSH*

MARÍA MARTA MONTESANO**

Resumen: El presente trabajo consiste en un análisis comparativo de la labor traductora de dos conocidos autores y traductores argentinos: Jorge Luis Borges y Rodolfo Walsh, con el fin de detectar semejanzas y divergencias en el abordaje de su tarea de traducción del inglés al español de dos obras pertenecientes a géneros diversos. El trabajo toma como marco referencial algunos de los principales conceptos esbozados por importantes estudiosos en materia de teorías de la traducción, como el de fidelidad y equivalencia, entre otros. La metodología de análisis consistió en el estudio de un *corpus* conformado por partes seleccionadas de los textos fuente y los textos meta para las obras abordadas por ambos autores, y su apreciación a partir de elementos contextuales, referenciales y lingüísticos. El resultado del análisis permitirá determinar la aplicación de los diversos paradigmas traductológicos a cada una de las obras traducidas y se intentará generar un punto de encuentro en el abordaje de la tarea traductora que realiza cada uno de los autores analizados.

Palabras clave: traducción — fidelidad — equivalencia — jorge luis borges — rodolfo walsh — teorías de la traducción

Abstract: The instant study entails a comparative analysis of the translation work carried out by two renowned Argentine authors and translators: Jorge Luis Borges and Rodolfo Walsh, in order to detect similarities and differences in the way they address the task of translating from English into Spanish two literary works from diverse literary categories. The study resorts to some key concepts

* Recepción del original: 19/03/2019. Aceptación: 09/05/2019.

** Traductora Pública (UBA), docente de grado en las carreras de Traductor Público y Abogacía, y de extensión universitaria (UBA). Trabajo realizado en el marco del Programa de Actualización en Didáctica de la Traducción (UBA-2018). Para Martín Bertone, por inspirarme admiración e incentivar a seguir creciendo.

developed by relevant scholars in the field of translation theory, such as *fidelity* and *equivalence*. The method for the analysis consisted in reviewing a corpus composed of parts selected from the source and target texts of the works translated by both authors, and their assessment on the basis of context, reference and linguistic elements. The result of the analysis will lead us to establish the presence of various translation paradigms in each translation work and we will try to discover a place in common in the way each author addresses the translation task.

Keywords: translation — fidelity — equivalence — jorge luis borges — rodolfo walsh — translation theory

“El error consiste en que no se tiene en cuenta que cada idioma es un modo de sentir el universo o de percibir el universo”.¹

I. INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo es analizar la aplicación del concepto de *fidelidad* (*equivalencia*, según una visión estructuralista, o el *fidus interpretis* de Horacio)² en el campo de la traducción. Para tal fin, mi punto de partida estará conformado por un *corpus* que incluye el trabajo realizado por dos importantes autores de trayectoria muy diversa, pero al mismo tiempo confluyente en ciertos aspectos. Así, intentaré poner de relieve cómo esta noción, que condujo al uso extendido de la paronimia “*traduttore, traditore*” —“superstición ampliamente arraigada”—³ puede ser interpretada de diferentes maneras y conducir a conclusiones no siempre congruentes.

Todo aquel que pretenda abordar el análisis de alguno de los aspectos que participan de la práctica de la traducción debería, en primer lugar, abocarse a la difícilísima tarea de intentar consensuar acerca de una definición de traducción que le resulte satisfactoria. Tomaremos apenas algunas definiciones de un reducido número de autores que, no obstante,

1. BORGES, “El oficio de traducir”, p. 325.

2. HORACIO, “Ars Poetica”, pp. 133-34.

3. BORGES, *Arte poética*, p. 75.

dan cuenta de las dificultades que implica la tarea de delimitar el concepto aludido y las divergencias en cuanto a su enfoque: "sustitución del material textual en un idioma por material equivalente en otro idioma";⁴ "*an ordered rearrangement of sense components that are common to two language communities*";⁵ "traducir consiste en comprender un texto, y luego, en una segunda etapa, en reexpresar este texto en otro idioma";⁶ "decir lo mismo en otra lengua".⁷ Me gustaría detenerme en esta última definición de traducción. Ese "decir casi lo mismo" es, según el enfoque semiótico de Umberto Eco, un procedimiento de negociación; el autor emplea este término que resulta práctico y asequible para referirse a las nociones de fidelidad y equivalencia utilizadas por otros autores. Podría parecer una verdad de Perogrullo afirmar que ese negociar, en tanto toma de decisión, implica siempre realizar una renuncia. Sin embargo, como se observará más adelante a partir de los ejemplos de trabajos realizados por Walsh y Borges, resulta sumamente interesante e ilustrativo analizar a qué está dispuesto a renunciar cada traductor en cada circunstancia y ante cada encargo de traducción para, de esta forma, comprender bajo qué paradigmas de las diversas teorías de la traducción asume el desafío de traducir un texto.

II. EL DIABLO METIÓ LA COLA

Para analizar, desde un primer punto de vista, el abordaje de la tarea traductora, será materia prima de mi *corpus* la traducción realizada por Rodolfo Walsh de la obra *The Devil's Dictionary*, de Ambrose Bierce (periodista y escritor conocido como "el amargo Bierce"). Se trata de una obra satírica que se caracteriza por el uso de la ironía y el sarcasmo como recursos; consta de 998 entradas con definiciones de diversos términos que fueron escritas entre 1881 y 1906, publicadas en diversos medios gráficos durante varios años y, finalmente, recopiladas en 1911. La obra, naturalmente, se encuentra en el dominio público. Tomaremos para el análisis la versión traducida por el periodista, escritor y traductor argentino Rodolfo Walsh que, según palabras de Horacio J. Achaval en su prólogo, permitió

4. CATFORD, *A linguistic theory of translation*, p. 20.

5. NEWMARK, "[R]eordenamiento estructurado de elementos de sentido...", p. 115.

6. LEDERER, *La traducción*, p. 15.

7. ECO, *Decir casi lo mismo*, p. 8.

que el diccionario fuera la primera obra de Bierce que "el público argentino tiene ocasión de leer".⁸ La selección de las entradas que utilicé para ilustrar mi análisis no es azarosa; se trata más bien de aquellas entradas, principalmente con contenido jurídico, que llamaron mi atención debido a los problemas de traducción que plantean y la forma en que el traductor resolvió dichas dificultades.

ATTORNEY, n. A person legally appointed to mismanage one's affairs which one has not himself the skill to rightly mismanage.	Entrada omitida
BARRISTER, n. One of the ten thousand varieties of the genus Lawyer. In England the functions of a barrister are distinct from those of a solicitor. The one advises, the other executes; but the thing advised and the thing executed is the client.	Entrada omitida
LAWYER, n. One skilled in circumvention of the law.	Entrada omitida
JUDGE, n. A person who is always interfering in disputes in which he has no personal interest. An official whose functions, as a great legal luminary recently informed a body of local law-students, very closely resemble those of God. The latter, however, is not afraid to punish Chris. Buckley for contempt, and the former has attained no great distinction as the hero of popular oaths.	Entrada omitida

Se detecta en la traducción de Walsh la omisión de ciertas entradas. En el caso de los términos *attorney*, *lawyer*, *barrister* (entrada en la que también aparece el término *solicitor*), el problema de traducción es evidente: existe una relación de género-especie entre los términos empleados para designar a los profesionales del Derecho y una clasificación de los distintos tipos de profesionales, según sus posibilidades de actuar como letrado patrocinante, o como asesor o encargado de las tareas de preparación y procuración de una causa. Dicha diferenciación no presenta la misma relevancia para el potencial lector meta de la traducción (presumiblemente, argentino), ya que los requisitos locales para el ejercicio de la profesión legal no son los mismos que en el ámbito del *Common Law*, el Reino Unido en particular. En el caso de *judge*, la dificultad de traducción se encuentra pro-

8. BIERCE, *Diccionario del diablo*, p. 7.

bablemente presente en la mención a Chris Buckley (inescrupuloso líder político demócrata de fines de siglo XIX que fue expulsado de la ciudad por el senador Jeremiah Lynch, según las notas a la versión completa del diccionario), en tanto referencia cultural anacrónica.

Desconocemos si la decisión adoptada respecto de no incluir dichos términos obedece a instrucciones editoriales que formaron parte del encargo de traducción al que adhirió el traductor o si se trató de una decisión tomada por este fundada, quizás, en los problemas de traducción que dichas entradas representaban.

HOMICIDE, n. The slaying of one human being by another. There are four kinds of homicide: felonious, excusable, justifiable and praiseworthy, but it makes no great difference to the person slain whether he fell by one kind or another — the classification is for advantage of the lawyers.

HOMICIDIO, s. Muerte de un ser humano por otro ser humano. Hay cuatro clases de homicidio: felón, excusable, justificable y encomiable, aunque al muerto no le importa mucho si lo han incluido en una o en otra; la distinción es para uso de abogados.⁹

La clasificación de homicidio recurre a cuatro adjetivos que hacen referencia a aspectos jurídicos que se analizan en el ámbito de la teoría del delito. Llama la atención en la traducción el uso del término “felón” como equivalente de *felonious*; este último término remite al concepto jurídico de *felony* como clasificación de los tipos penales en tanto designa a los delitos graves. “Felón”, en cambio, es según el *Diccionario de la Real Academia Española* un adjetivo que designa a “quien comete una felonía”.¹⁰ Se produce así en la traducción un giro en el que el adjetivo empleado para clasificar a un tipo penal se transforma en el texto meta en un adjetivo que designa a la persona que comete el delito. Cabe destacar, además, la ausencia de correspondencia en la clasificación de los tipos penales en ambos sistemas jurídicos, por lo que “felón” no conduce al lector meta a la misma representación que el término presente en el texto fuente en inglés.

9. BIERCE, *Diccionario del diablo*, p. 66.

10. Real Academia Española, *Ortografía*.

LL.D., Letters indicating the degree Legumtionorum Doctor, one learned in laws, gifted with legal gumption. Some suspicion is cast upon this derivation by the fact that the title was formerly ££.d., and conferred only upon gentlemen distinguished for their wealth. At the date of this writing Columbia University is considering the expediency of making another degree for clergymen, in place of the old D.D. — Damnator Diaboli. The new honor will be known as Sanctorum Custos, and written \$\$¢. The name of the Rev. John Satan has been suggested as a suitable recipient by a lover of consistency, who points out that Professor Harry Thurston Peck has long enjoyed the advantage of a degree.

LL.D., letras que designan el título de "Legumastuciorum Doctor", o sea erudito en leyes, provisto de astucia legal (significa, en realidad, "Legum Doctor", doctor en Leyes.). Pero esta derivación resulta sospechosa si se tiene en cuenta que antiguamente el título se abreviaba ££.d. (Libras y peniques), y era conferido solamente a caballeros adinerados. Actualmente, la Universidad de Columbia considera la posibilidad de crear otro título para clérigos, en lugar del antiguo D.D. (significa "Divinitatis Doctor", doctor en teología) o "Damnator Diaboli". El nuevo honor será conocido como "Sanctorum Custus", y se escribirá \$\$ cts. El reverendo John Satán ha sido propuesto como primer destinatario del título.¹¹

La comunicación entre diferentes comunidades lingüísticas es compleja. Walsh recurre aquí a explicaciones insertas en el cuerpo de la traducción para ilustrar ciertos conceptos al lector (D.D. "significa *divinitatis doctor*"), pese a que dicha aclaración no estaba presente en el texto fuente. Asimismo, el respeto por parte del traductor a los símbolos que designan a la moneda introduce en la traducción un elemento extranjerizante. La decisión de traducción adoptada para "John Satán" es llamativa en sí misma, ya que Walsh empleó la versión castellanizada del apellido, pero conservó el nombre en inglés, cuando podría haber optado por Juan, por ejemplo, y así aportar mayor coherencia al texto. Se trata, en este caso, de una porción de texto en la que confluyen diversos "problemas" de traducción: ironía, humor, nombres propios, etc.¹²

11. BIERCE, *Diccionario del diablo*, p. 86.

12. ALBIR, *La traductología: lingüística y traductología*, p. 153.

<p>MISDEMEANOR, n. An infraction of the law having less dignity than a felony and constituting no claim to admittance into the best criminal society. By misdemeanors he essayed to climb Into the aristocracy of crime. O, woe was him! — with manner chill and grand “Captains of industry” refused his hand, “Kings of finance” denied him recognition And “railway magnates” jeered his low condition. He robbed a bank to make himself respected. They still rebuffed him, for he was detected.</p>	<p>INCONDUCTA, s. Infracción de la ley que posee menos dignidad que la felonía y no autoriza el ingreso en la mejor sociedad criminal.¹³</p>
<p>JURY, n. A number of persons appointed by a court to assist the attorneys in preventing law from degenerating into justice. Against all law and evidence, The prisoner was acquitted. The judge exclaimed: “Is common sense To jurors not permitted?” The prisoner’s counsel rose and bowed: “Your Honor, why this fury? By law the judge is not allowed To sit upon the jury”.</p>	<p>Entrada omitida</p>

Walsh decidió aquí dejar de lado los versos con rima y se concentró en la definición estricta del término. Nuevamente, acude a “felonía” como equivalente formal de *felony*, pese a que este término no designa en la cultura meta a un tipo penal, como sí sucede en la cultura fuente. Por otra parte, idéntico criterio en cuanto a la elección del equivalente más próximo se observa en la frase “mejor sociedad criminal”, pese a que probablemente hubiese resultado mejor recurrir a un equivalente dinámico como, por ejemplo, “la más alta sociedad criminal” que remite a la alta sociedad en los círculos sociales de alcurnia. Capítulo aparte merece la cuestión de la rima perdida ya que resulta difícil, cuando no imposible, determinar cuáles fueron los motivos que condujeron al traductor a optar por dejarla de lado,

13. BIERCE, *Diccionario del diablo*, p. 71.

pese a que una traducción libre hubiera permitido preservar ese recurso en el texto meta. De manera similar, la versión en español del *Diccionario del diablo* tampoco incluye una entrada para el jurado, por lo que se evita el problema de traducción que representa una nueva serie de versos en rima. Podríamos arriesgar la hipótesis de que el traductor consideró que la poca presencia o relevancia de los jurados —en tanto instituto del proceso judicial de la cultura meta— justificaba la omisión de esa entrada. En palabras de Borges: “el verso es muy lindo, ¿no?, por lo menos para los fines musicales que él busca. Su traducción literal, en cambio, no es nada, no existe”.¹⁴

MISFORTUNE, n. The kind of fortune that never misses.	INFORTUNIO, s. Especie de fortuna que siempre llega. ¹⁵
---	--

El traductor parece haber optado acá por una traducción literal o libre en la que el juego entre significado, designación y sentido¹⁶ resulta aceptable, pero el traductor pierde otro juego: la relación entre el prefijo -mis y el verbo *miss* en el texto fuente. Quizás si Walsh se hubiera dado permiso para intentar una traducción más libre, por ejemplo: especie de fortuna que nunca resulta inoportuna, podría haber mantenido el recurso que empleó el autor en el texto fuente en inglés y agregar, además, un factor de musicalidad.

En su tarea traductora, Walsh parece abrazar la postura de Goethe, en el sentido de considerar como necesaria la conservación del color local, extranjero y la autenticidad de la cultura fuente, tendiendo así a una *traducción extranjerizante*. Se trata, quizás, de una traducción que apunta al objetivo de hallar *equivalencias formales*, centradas, como afirma Nida,¹⁷ solo en el mensaje. Nuevamente, y a riesgo de jugar a ser *abogados del diablo*, sería injusto decir que Walsh no cumplió con el *skopos* de la traducción o la finalidad de su encargo: efectivamente logró acercar a estas orillas la obra de un —hasta entonces— poco conocido Bierce. Pero, como explica Coseriu: “según la finalidad del traducir, la traducción fiel y la libre constituyen dos polos opuestos que admiten una amplia gradación”.¹⁸

14. BORGES, “El oficio de traducir”, pp. 321-322.

15. BIERCE, *Diccionario del diablo*, p. 74.

16. COSERIU, “Lo erróneo y lo acertado en la teoría de la traducción”, p. 220.

17. NIDA, *La teoría y práctica de traducción*, p. 32.

18. COSERIU, “Lo erróneo y lo acertado en la teoría de la traducción”, p. 238.

El apego de Walsh por la cultura fuente, por el polo autor en la búsqueda de un modelo de equivalencia,¹⁹ probablemente haya conducido a Walsh a lograr una *traducción adecuada*.²⁰

III. "EL ORIGINAL ES INFIEL A LA TRADUCCIÓN"

Para abordar el trabajo de Jorge Luis Borges como traductor, voy a analizar fragmentos de *Las palmeras salvajes* de William Faulkner. Esta novela, que relata dos historias de manera alternada, es un clásico contemporáneo; muchos críticos y editores coinciden en afirmar que Borges sobreimpresió su propia poética por encima de la perteneciente al escritor cuya obra tradujo, y lo hizo de manera innegable y deliberada.

Ya desde las primeras páginas de la obra, se observa una decisión cuando menos polémica del traductor. Borges decidió castellanizar algunos nombres del texto de Faulkner; Charlotte es Carlota en la versión en español, pero Harry continúa siendo Harry (y no Enriquito o Quico, que podrían equiparar el sabor local del personaje femenino), al igual que muchos otros personajes.

Fiel a un estilo propio de escritura, Faulkner recurre en gran parte de su obra al uso de tres términos unidos por la conjunción y.

of love and passion and tragedy	de amor y de pasión y de tragedia ²¹
of lust and desire and pride	de lujuria y deseo y orgullo ²²
dammed and doomed and isolated	perdidas, condenadas, juzgadas y aisladas ²³

Borges respeta en su traducción ese recurso *casi* siempre, como puede verse en los ejemplos anteriores. ¿Qué es lo que hace que, como traductor, no aplique un criterio coherente en el uso de la puntuación y las conjunciones? Quizás tenga que ver con factores netamente lingüísticos, con la cantidad de elementos mencionados, aunque es difícil saberlo.

19. RABADÁN, *Equivalencia y traducción: problemática de la equivalencia...*, p. 54.

20. TOURY, "The Nature and Role of Norms in Translation", p. 210.

21. FAULKNER, *Las palmeras salvajes*, p. 264.

22. FAULKNER, *Las palmeras salvajes*, p. 282.

23. FAULKNER, *Las palmeras salvajes*, p. 82.

Sí —dijo el otro—. Él no necesita compadrear. ²⁴

Esta vez no se levantó en seguida. Quedó echado de bruces, como boleado y en una postura casi apacible [...] ²⁵
--

El uso de los términos “boleado” y “compadrear” parece reflejar una innegable irrupción del modo de hablar de los porteños, que nada tiene que ver con el cronolecto o las variedades dialectales que pueden haberse empleado en el sur de los Estados Unidos, donde se desarrolla gran parte de la obra. Se trata de términos que, sin duda, Faulkner no hubiese utilizado y sería interesante, como ejercicio, intentar una retraducción para verificar el grado de aproximación al texto fuente. La solución por la que optó aquí Borges podría entenderse como una *traducción encubierta*, en tanto goza de la condición de texto original en la cultura meta;²⁶ el uso de la letra cursiva, por su parte, parece querer llamar la atención del lector sobre esos términos, propios del lunfardo local (a diferencia de lo que sucedería si se tratara de una traducción patente en la que la cursiva se empleara para explicar un término, por ejemplo).

Women, shit, the tall convict said.	¡Mujeres!... dijo el penado alto. ²⁷
males and females but without the pricks and cunts.	machos y hembras, pero sin sexo. ²⁸

Borges parece mostrarse reticente en su traducción a utilizar términos explícitos en materia sexual o lenguaje soez. Se ha dicho de Borges:

“Se arroga la autoridad de decidir qué es acierto o falla en las decisiones de quien ha escrito lo que él, bajo apariencia de traducir, adapta a sus propias inclinaciones estéticas. No es infiel, sino fiel a sí mismo”.²⁹

24. FAULKNER, *Las palmeras salvajes*, p. 73.

25. FAULKNER, *Las palmeras salvajes*, p. 142.

26. HOUSE, *A Model for Translation Quality Assessment: A Model Revisited*, p. 194.

27. FAULKNER, *Las palmeras salvajes*, p. 321.

28. FAULKNER, *Las palmeras salvajes*, p. 54.

29. INGBERG, “Cómo Borges peinó a Melville”.

Cabe destacar que, como afirma L. von Flotow:

“La conciencia de género en materia de traducción plantea preguntas acerca de las relaciones entre los estereotipos sociales y las formas lingüísticas, acerca de la política del lenguaje y las diferencias culturales, acerca de la ética de la traducción”.³⁰

Sin embargo, no se trata de un acto de autocensura de parte de Borges, sino que su decisión en relación con este texto respondió a requerimientos editoriales, propios del encargo de traducción. Se le exigió a Borges utilizar como texto fuente una versión británica de la obra de Faulkner que ya había atravesado un proceso de “limpieza” moral (la obra había sido acusada de obscenidad en Pensilvania), y no la versión original publicada por la editorial Random House.

My God, I never in my life saw anybody trying as hard to be a husband as you do. Listen to me, you lug. If it was just a successful husband and food and a bed I wanted, why the hell do you think I am here instead of back there where I had them?

¡Dios mío! Nunca he visto a nadie en mi vida luchar tanto para parecer un marido. Escúchame: si fuera un marido con éxito y alimento y cama lo que necesitara, ¿por qué demonios crees tú que estaría aquí en vez de volver allá donde lo tengo?³¹

La traducción refleja el enojo y fastidio de la protagonista hacia Harry, pero de alguna forma el texto fuente parece mostrar en ella una arrogancia mayor, casi masculina. Quizás si Borges hubiese hecho hablar a Carlota como una porteña fuerte, hubiera logrado el mismo efecto que pretendió Faulkner. Además, Borges omite dar una traducción a la expresión “*you lug*”, pese a que podría haber recurrido a argot equivalente en la lengua meta.

El vínculo entre Faulkner y Borges es muy particular porque no son tantos los casos en los que el renombre del traductor le otorga aún más valor a una obra literaria. Si se tiene en cuenta que, como el mismo Borges expresó en alguna oportunidad, una traducción no tiene por qué pretender ser “una

30. FAULKNER, *Las palmeras salvajes*, p. 114.

31. FAULKNER, *Las palmeras salvajes*, p. 114.

copia mimética del original”, es probable que el lector se aproxime a *Las palmeras salvajes* motivado por conocer la obra de Faulkner, pero también por tratarse de una traducción del renombrado Jorge Luis Borges.

Sería injusto decir únicamente que Borges logra una *equivalencia dinámica* (centrada en el principio del efecto equivalente), según la postulación de Nida,³² que tiende a la modificación de la relación entre el texto fuente y su traducción; el texto meta. Es cierto que se observa una fuerte presencia e intervención del traductor, y conforme al paradigma deconstructivista, la traducción de *Las palmeras salvajes* no parece encontrarse demasiado subordinada al texto fuente. Sin embargo, la consideración de las nociones relativas a la teoría del *skopos* podría conducirnos a perspectivas contradictorias. Por un lado, Borges le permitió a Faulkner penetrar en un mercado que, hasta ese momento, le era relativamente indiferente; la traducción de Borges de *Las palmeras salvajes* obtuvo amplia difusión y ganó aceptación (aunque también críticas) en gran medida por el renombre y la mística que lo envolvía, no como traductor, sino como autor. Por otro lado, es precisamente por el renombre del traductor, en gran parte, que la obra adquirió mayor reconocimiento. Asimismo, al evaluar los dos métodos de traducción planteados por Friedrich Schleiermacher,³³ se percibe que Borges se inscribía en la idea de acercar el autor al lector; ello le permitió dar vida a traducciones que atravesaron un proceso de *domesticación*. El trabajo de Borges como traductor, no solo de la obra analizada sino de otras, se aparta de la “noción clásica del traductor ‘invisible’, la idea del traductor como una suerte de canal transparente cuya participación no afecta el texto fuente ni el texto traducido”.³⁴ La participación de Borges sí afecta el texto fuente y, sin lugar a dudas, afecta el texto traducido.

IV. CONCLUSIONES

[...] la negociación no es siempre un proceso que distribuye equitativamente pérdidas y ganancias entre las partes en juego. Puedo considerar satisfactoria

32. NIDA, *La teoría y práctica de traducción*, pp. 42-49.

33. SCHLEIERMACHER, “On the different methods of translating”, pp. 36-54.

34. VON FLOTOW, *Gender and the practice of translation*, p. 35, traducción propia.

incluso una negociación donde le he concedido a la parte contraria más de lo que ella me ha concedido a mí y, aun así, considerarme igualmente satisfecho al tener en cuenta mi propósito inicial y saber que partía en condiciones de neta desventaja".³⁵

Analiqué el trabajo de Jorge Luis Borges y de Rodolfo Walsh como traductores mediante un *corpus* compuesto por extractos de dos obras muy distintas, pertenecientes a dos géneros literarios con pocos elementos en común. Dicho análisis parece indicar que la tarea traductora de ambos se encuentra, al menos en lo que respecta al *corpus* analizado, en extremos o polos opuestos.

Comencé este trabajo haciendo mención a los conceptos de *fidelidad* y *equivalencia*. Son muchos los autores que abordan el análisis de los distintos tipos de equivalencia y los teóricos de la traducción ya hace rato han dejado en claro que fidelidad no implica simplemente traducir palabra por palabra o literalmente un texto; "ser fiel a la lengua del autor no es ser fiel al autor".³⁶ Se trata más bien de una cuestión compleja: ¿Se es fiel al lector y su cultura meta? ¿Se es fiel a la cultura fuente y al autor? ¿Se es fiel a quien realiza el encargo de traducción? La consideración de las posibles respuestas a estas preguntas por sí sola y el concepto de *fidelidad abusiva*,³⁷ en tanto "aquella que es fiel al tono y tenor del texto de partida, pero abusiva a las normas literarias de la cultura de llegada"³⁸ sugieren, de alguna manera, que deberíamos quizás pensar en abandonar este concepto ya que no parece posible establecer estándares de fidelidad o infidelidad absoluta.

En palabras de Berman:

"La analítica de la destrucción tiene en cuenta que el traducir, como restitución del sentido [...], es un proceso de degradación de la letra de las obras [...] también se manifiesta como una serie de tendencias deformadoras que obran en el transcurso de la traducción (así lo quiera o no lo quiera el traductor; así obedezca o desobedezca las normas culturales, literarias, morales, etc.). Esta destrucción no es solo negativa; también es necesaria".³⁹

35. ECO, *Decir casi lo mismo*, p. 119.

36. LEDERER, *La traducción*, p. 76.

37. VENUTI, "Translating Derrida on Translation...", p. 252.

38. GENTZLER, "Translation, Poststructuralism, and Power", p. 201, traducción propia.

39. BERMAN, *La traducción y sus discursos*, p. 244.

Por su parte, Coseriu nos dice que no existe la “mejor traducción” absoluta de un texto y que solo es posible lograr la mejor traducción de un texto dado para determinados destinatarios, determinados fines y determinada situación histórica.⁴⁰

Tanto Borges como Walsh tomaron decisiones, y en ese proceso de toma de decisión ambos recurrieron a “agregados y omisiones”.⁴¹ Podríamos imaginar a Umberto Eco como el encargado de construir un puente entre ambos autores y escritores, que acerca sus diferentes abordajes de la tarea traductora. La noción de “negociación” acuñada por Eco, pese a no ser científica ni alistarse en las filas de la traductología, permite justificar las renunciadas realizadas por ambos autores en pos de lograr sus objetivos, de la consecución de la finalidad de sus tareas, en la presunción de que ambos comprendieron que no es posible tenerlo todo, y que “elegir orientarse hacia la fuente o hacia el destino” debe haber sido un criterio que ambos debieron negociar consigo mismos frase a frase.⁴²

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIR, Hurtado, “La traductología: lingüística y traductología”, en *Trans: Revista de traductología*, 1137-2311, 1996, N° 1, pp. 151-162.
- BERMAN, Antoine, “La traducción y sus discursos”, en *Mutatis Mutandis*, 2011, Vol. 4, N° 2, pp. 237-248.
- BIERCE, Ambrose, *Diccionario del Diablo*, Editorial Leviatán, 1991, Buenos Aires, traducción de WALSH, Rodolfo.
- BORGES, Jorge Luis, *Arte poética*, Editorial Crítica, 2001, Barcelona, seis conferencias sobre poesía pronunciadas en inglés en la Universidad de Harvard durante el curso 1967-1968.
- , “El oficio de traducir”, en *Borges en Sur (1931-1980)*, Emecé, 1999, Barcelona.
- CATFORD, John Cunnison, *A Linguistic Theory of Translation: An Essay in Applied Linguistics*, Oxford University Press, 1965, Londres.

40. COSERIU, “Lo erróneo y lo acertado en la teoría de la traducción”, p. 216.

41. TYMOCZKO, “Post-colonial writing and literary translation”, p. 23, traducción propia.

42. ECO, *Decir casi lo mismo*, p. 250.

- COSERIU, Eugenio, "Lo erróneo y lo acertado en la teoría de la traducción", en *Ponencia presentada en Fundación Nobel*, 1976, Estocolmo.
- ECO, Umberto, *Decir casi lo mismo. Experiencias de traducción*, Lumen, 2003, Barcelona, traducción de LOZANO MILLARES, Helena.
- FAULKNER, William, *Las palmeras salvajes*, Editorial Sudamericana, 1995, Buenos Aires, traducción de BORGES, Jorge Luis.
- GENTZLER, Edwin, "Translation, Poststructuralism, and Power", en TYMOCZKO, Maria & GENTZLER, Edwin, *Translation and Power*, University of Massachusetts Press, 2002, Amherst y Boston.
- HORACIO, "Ars Poetica", en GARCÍA YEBRA, Valentín, *Traducción: historia y teoría*, Gredos, 1994, Madrid.
- HOUSE, Juliane, *A Model for Translation Quality Assessment: A Model Revisited*, Gunter Narr Verlag, 1977, Tübingen.
- INGBERG, Pablo, "Cómo Borges peinó a Melville", en *Clarín*, 06/09/2018, Buenos Aires, URL https://www.clarin.com/revista-enie/literatura/borges-peino-melville_0_ryIncCTDm.amp.html consultado 10/3/2019.
- LEDERER, Marianne, *La traducción*, Eudeba, 2017, Buenos Aires, traducción de RODRIGUEZ, Beatriz.
- NEWMARK, Peter, *A textbook of Translation*, Prentice Hall, 1988, Nueva York.
- NIDA, Eugene A. & TABER, Carlos R., *La Teoría y Práctica de Traducción*, Ediciones Cristiandad S.L., 1986, Madrid.
- RABADÁN, Rosa, *Equivalencia y traducción: problemática de la equivalencia transléctica inglés-español*, Universidad de León, 1991, León.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Ortografía*, URL <http://www.rae.es> consultado 12/03/2019.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich, "On the different methods of translating", en SCHULTE, Rainer & BIGUENET, John, *Theories of translation: an anthology of essays from Dryden to Derrida*, University of Chicago Press, 1992, Chicago.
- TOURY, Gydeon, "The Nature and Role of Norms in Translation", en *Descriptive Translation Studies and Beyond*, John Benjamins Publishing Company, 1995, Amsterdam-Philadelphia.
- TYMOCZKO, Maria, "Post-colonial writing and literary translation", en *Post-colonial Translation, Theory and Practice*, Routledge, 1999, Londres.

VENUTI, Lawrence, “Translating Derrida on Translation: Relevance and Disciplinary Resistance”, en *The Yale Journal of Criticism*, 2003, Vol. 16, N° 2, Yale University and the Johns Hopkins University Press, pp. 237-262.

VON FLOTOW, Louise, *Gender and the practice of translation*, St. Jerome, 1997, Manchester.

NEGACIONISMO Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: REFLEXIONES EN TORNO A LA CRIMINALIZACIÓN*

VALERIA THUS**

Resumen: La criminalización del negacionismo ha generado controversias, que incluyen responder a la pregunta si la libertad de expresión alcanza también a la determinación de cómo quiere relacionarse cada uno con el pasado. Desde el derecho penal liberal se sostiene que todas las personas tienen derecho a delinear su propio plan de vida y los terceros debemos tolerar estas expresiones aunque nos desagraden porque esta es la exigencia de las democracias consensuales. Este trabajo aborda críticamente estas afirmaciones, asumiendo dos estrategias: a) incorporar la perspectiva histórica de la libertad de expresión y la re significación de su contenido y límites que el paradigma de derechos humanos post Auschwitz instaura y b) abordar la relación entre libertad de expresión e igualdad como estrategia para paliar los daños y riesgos que las prácticas negacionistas conllevan, a la vez de ahondar en el rol del lenguaje en nuestras sociedades y de las negaciones de los crímenes de Estado, que nada tienen de inocentes. Tiempo y relación como elementos clave para (re) pensar la relación entre la libertad de expresión, las víctimas y los discursos negacionistas.

* Recepción del original: 23/01/2019. Aceptación: 07/03/2019

** Valeria Thus es doctora en Derecho Penal (2018) y magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2015)-UBA. Coordina el Programa "Justicia y Memoria" y el seminario "Los Estudiantes vamos a los Juicios" dependientes de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Derecho. Docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho. Profesionalmente se desempeña como Directora Gral. de Derechos Humanos del Rectorado de la UBA.

Agradezco a Iñaki Anitua, Iñaki Rivera Beiras e investigadores del OSPDH por la estancia de investigación en la Universidad de Barcelona que me permitió culminar la presente publicación. Asimismo agradezco especialmente a los alumnos del seminario "Negacionismo y Derechos Humanos" que dicto en el CPO de la Facultad de Derecho por el rico intercambio y sus lúcidas observaciones que permitieron robustecer este trabajo.

Palabras clave: negacionismo — libertad de expresión — democracia — derecho performativo — daño negacionista

Abstract: The criminalization of genocide denial has generated controversies, which includes answering whether freedom of expression reaches the determination of how each person wants to relate to the past. Liberal criminal law holds that people have the right to delineate their own life plan and these expressions should be tolerated although we dislike them as a requirement of consensual democracies. This work critically addresses these claims, assuming two strategies: a) incorporating the historical perspective of freedom of expression and resignification of its content and limits that the human rights paradigm post Auschwitz establishes and b) addressing the relationship between freedom of expression and equality as a strategy to mitigate the damages and risks that the negationist practices entail, at the same time to delve into the role of language in our societies and the denials of state crimes, which are not innocent at all. Time and relationship as key elements to (re) think about the relationship between freedom of expression, victims and denialist discourses.

Keywords: genocide denial — freedom of speech — democracy — performative law — denialist harm

I. INTRODUCCIÓN

Luego de Auschwitz (pero también de los genocidios anteriores y posteriores, como los que se produjeron en Armenia, Camboya, Ruanda, Bosnia, Argentina y las restantes dictaduras del Cono Sur de América o Bangladesh, entre otros) que marcó el inicio paradigmático de los procesos de reproche penal para este tipo de crímenes y la etapa de mundialización de los derechos humanos, resulta difícil poner en tela de juicio el deber de memoria y de castigo frente a los responsables de los procesos genocidas.

Ahora bien, la punición de las prácticas negacionistas como modos de silenciamiento del crimen se presenta de manera más controvertida: ¿debería (y puede) un Estado exigir que las personas reconozcan un pasado particular?, ¿o la libertad de expresión alcanza también a la determinación de cómo quiere relacionarse cada uno con el pasado? O dicho de otro modo: cómo proteger la dignidad de las víctimas sin recurrir a métodos

autoritarios para luchar contra ideas peligrosas. Esto es la delgada línea de no convertirse en un censor nacional contra disidencias ideológicas.

Entonces, la primera respuesta (automática/sin reflexionar demasiado desde nuestro paraguas del derecho penal liberal) es que la punición del negacionismo atenta la libertad de expresión por cuanto todas las personas tienen derecho a delinear su propio plan de vida y los terceros debemos "tolerarlo"¹ aunque nos desagrade.

El objetivo que me trazo en el presente trabajo es complejizar estas afirmaciones que los juristas tomamos por válidas e intentar deconstruirlas (lo que dicen o mejor dicho lo que esconde el andamiaje liberal). No debiere soslayarse que, contrariamente a esta intuición liberal en la que nos movemos cómodamente los juristas, lo cierto es que la mayoría de los Estados europeos decidieron la represión de estas prácticas mediante la tipificación en sus respectivos ordenamientos penales.²

Esta apuesta exige, antes bien, liberar a los valores liberales de su "estratificación" o congelamiento temporal al ser entendidos como esquemas presentes de distribución racional de derechos (a lo Rawls) que se centran en la función límite y las obligaciones negativas estatales para pasar a tomar en consideración las sucesivas modificaciones de los Estados de Derecho que el paradigma de los derechos humanos, principalmente luego de la experiencia del nazismo, instaura, al incorporar obligaciones positivas estatales. El camino que aquí se propone, menos explorado, pero también

1. Uso el término "tolerar" a propósito para referirme al debate filosófico de la tolerancia y la hospitalidad, tan bien planteado por Derrida.

2. El delito de negacionismo surgió en una primera etapa, principalmente durante la década del 90 en el plano de los ordenamientos internos —entre otros, Alemania, Francia, Bélgica, España— y con posterioridad, a partir de la Decisión Marco del Consejo de Europa de 2008 antes analizada, el delito adquiere reconocimiento a nivel regional lo que motivó que otros países optaran por la incorporación del mencionado delito en sus ordenamientos jurídicos internos. Actualmente la mayoría de los Estados europeos prevén el delito de negacionismo: aunque existen algunas excepciones (Reino Unido, Holanda, Dinamarca, Finlandia), entre otros: Alemania, España, Portugal, Suiza, Bélgica, Francia, Austria, Suecia, Luxemburgo, República Checa, Ucrania, Lituania, Polonia, Rumania, Liechtenstein, Malta, Eslovenia, Andorra, Hungría, Letonia, Croacia, Bulgaria, Chipre, Italia, Grecia. Fuera de Europa, además de Israel, lo prevén: Nueva Zelanda, Australia, Sudáfrica, Ruanda, Camboya. Para una lectura exhaustiva de la normativa penal en los diversos estados nacionales ver: FRONZA, "La protección penal de la memoria...", pp. 111-181 y FRONZA, "¿El delito de negacionismo? El instrumento...", pp. 97-144 y FRONZA, *El delito de negacionismo en Europa...*, pp. 61-94.

posible al interior del propio liberalismo, ahonda en el despliegue histórico de los derechos humanos, la contingencia de los Estados de Derecho, en el entramado de las relaciones sociales. Asumiendo dos estrategias centrales: a) incorporar la dimensión temporal y b) la dimensión de la relación (relación asimétrica con el otro). Tiempo y relación como elementos clave para (re) pensar la relación entre la libertad de expresión, las víctimas y los discursos negacionistas.

Lo que sigue justamente es la reflexión sobre el rol del lenguaje en nuestras sociedades, sobre la libertad de expresión, sobre sus contenidos axiológicos fundantes (liberalismo) y actuales (desde un enfoque epocal que nos permita recoger su dimensión relacional), sobre sus alcances y limitaciones en las sociedades comunicacionales que vivimos en la actualidad, para resignificar su relación con la igualdad como estrategia para paliar los daños y riesgos que las prácticas negacionistas conllevan y desde allí deconstruir los argumentos en contra de la punición.

II. EL LENGUAJE COMO DENOMINACIÓN COMUNICACIONAL

II.A. Los usos del lenguaje

Si algo jamás es inocente es el lenguaje, en él y a través de él se perfila el mundo que deseamos habitar. En el lenguaje y sus usos se juega mucho más que una cuestión de gustos: constituye el núcleo decisivo de la cultura. El habla nos une como sociedades, como pueblos y también puede enfrentarnos. Y es entonces en las encrucijadas críticas que el habla asume un valor del que no siempre nos damos plena cuenta. *A veces pensar los extremos como aquí lo hacemos nos permite clarificar lo rutinario.*

¿Cuál es el peso de las palabras? ¿Cuál es el rol del lenguaje en una sociedad comunicacional como la actual? ¿Cuáles son las consecuencias—incluso impensadas— del discurso a favor de la libertad de expresión irrestricta? ¿Qué esconden las palabras que se consideran autorizadas?

Todas estas preguntas se ponen en acción frente al negacionismo.

Por ello considero que un análisis serio del antinegacionismo jurídico y su relación con la garantía de la libertad de expresión exigen tomar en consideración la importancia del lenguaje en la sociedad actual, en nuestra cotidianidad, en nuestro modo de ver la vida, de relacionarnos con la

realidad, de comprenderla y porque no de transformarla, que no es exclusivo del pensamiento posmoderno. Muy por el contrario, podemos encontrarlo también en el corazón de la crítica moderna ilustrada.

En este sentido, es interesante acudir al multidimensional e inagotable pensamiento de Benjamin, quien pudo ver con claridad el poder de la palabra y la relación entre violencia y lenguaje, refiriéndose al "lenguaje burgués" como "dominio", contraponiéndolo al "lenguaje divino", como aquí veremos. En este punto, debemos señalar que no es posible ahondar en su teoría del lenguaje sin adentrarnos en las huellas judías de su pensamiento. Benjamin quiere hacer universal una experiencia que él ha observado en esta tradición. Su judaísmo puede ser entendido entonces como un dispositivo hermenéutico a partir del cual le resulta posible desplegar una crítica radical de la modernidad.³

En su opinión, hay dos clases de lenguaje: uno cuyo objeto es el mundo y otro que carece de objeto. El primer tipo de lenguaje se dirige a la manipulación técnica del mundo cuya finalidad es la supervivencia. En el segundo tipo de lenguaje, que existe al comienzo y al fin de los tiempos, reside la libertad. La esencia de esta clase de lenguaje es el nombrar. Nombrando las cosas, nos dirigimos no a la cosa nombrada, sino al lenguaje como tal.

Contamos entonces con dos modalidades del lenguaje: a) el lenguaje nominativo y b) la concepción burguesa del lenguaje. El lenguaje nominativo lo encuentra en la Biblia, justamente en la facultad que Dios le otorgó a Adán de ponerles justo nombre a las creaturas, sin manipulación ni instrumentalidad.⁴ A la correspondencia absoluta entre nombre y cosa se le agrega la idea que la escritura, la letra del texto sagrado, constituye el primer acto de la Creación. Es decir que la letra, como instrumento divino precede a la palabra y obviamente a la propia cosa. A partir del pecado de Adán y posteriormente con la pluralidad de lenguas que instala la experiencia de Babel, asistimos al comienzo de la pérdida del valor nominativo del

3. REYES MATE, *Memoria de Occidente. Actualidad de los pensadores judíos*.

4. En la misma línea, Scholem ha mostrado que en la cábala la escritura, la letra, precede a la palabra y constituye el acto creador mismo. También Borges se ha referido al pensamiento cabalístico: "[...] cuando pensamos en las palabras pensamos históricamente que las palabras fueron en un principio sonido y luego llegaron a ser letras. En cambio, en la Cábala se supone que las letras son anteriores; que las letras fueron los instrumentos de Dios, no las palabras significadas por estas. Es como si se pensara que la escritura, contra toda experiencia fue anterior a la dicción de las palabras". BORGES, "La cábala", p. 269.

lenguaje humano (recordemos que ese fue un don divino que solo le fue concedido al hombre). Y justamente en el pecado y el desafío babélico se origina el lenguaje de los hombres. Advierte Benjamin: “el pecado original es la hora de nacimiento de la palabra humana, en cuyo seno el nombre ya no habita indemne”.⁵

Al perderse esta facultad nominativa del lenguaje humano, entramos en el reino de la comunicación en tanto obturación de la presencia de Dios en la palabra, que define el vínculo entre nombre y cosa. Lo que adviene, luego de la primera caída edénica y luego babélica, es el sentido comunicativo instrumental que precisamente esconde esa relación primigenia entre lenguaje y mundo. Dirá Benjamin:

“Se hace ya imposible alegar, de acuerdo con el enfoque burgués del lenguaje, que la palabra esta solo coincidentalmente relacionada con la cosa; que es signo, de alguna manera convenido, de las cosas o su conocimiento. El lenguaje no ofrece jamás meros signos [...] solo la palabra con la que fueron hechas las cosas permite al hombre el nombramiento de ellas”.⁶

Encuentra de este modo su primera dupla de oposiciones, tan propia de su pensamiento: lengua nominativa vs. lengua burguesa o comunicacional (al igual que luego hará en las tensiones entre violencia divina y mítica, justicia y derecho).

La explotación o el dominio de las cosas por los hombres a través de la comunicación convencional o burguesa han nacido junto con la pérdida de la acción nominativa del lenguaje. A partir de ese giro lingüístico asociado a la caída, que se reedita en Babel, lo que supone la entronización de la comunicación burguesa, instrumental y representacional, la lengua, en tanto convención, se vuelve mecanismo de sometimiento.

Es importante señalar que la concepción benjaminiana del lenguaje nominativo supone un fundamento ahistórico, como contraposición al lenguaje histórico que es necesariamente el de la comunicación. Dentro de la historia, el lenguaje de los hombres no puede sustraerse a la lógica de la representación, que es la forma a través de lo cual el sujeto se hace señor del mundo. Sin embargo, cuando nos referimos al carácter ahistórico del

5. BENJAMIN, “Sobre el lenguaje en general y sobre el lenguaje de los humanos”, p. 70.

6. BENJAMIN, “Sobre el lenguaje en general y sobre el lenguaje de los humanos”, p. 68.

lenguaje benjaminiano no lo hacemos en el sentido que pueden haberle otorgado los pensadores del fin de la Historia, como Fukuyama; sino, por el contrario, en el sentido de "pasar el cepillo de la historia a contrapelo", una contrahistoria hecha de la memoria de todos aquellos que fueron efectivamente vencidos por las fuerzas dominantes.

Y aquí adquiere una significación especial la labor del "traductor" cuya misión es rescatar el lenguaje puro confinado en el idioma extranjero para el propio y liberar el lenguaje preso en la obra al nacer la adaptación. Es decir, desde la perspectiva que aquí se asume, la misión del traductor es redimir a la lengua de su brutal caída en la esfera de la comunicación burguesa. Y por ello es interesante rescatar el pensamiento benjaminiano, quien mucho antes de existir la sociedad comunicacional como la que vivimos hoy, pudo ver los peligros de la comunicación burguesa y encontró en la figura del traductor la posibilidad de redención del lenguaje.

Siguiendo a Benjamin, uno podrá decir entonces que la pelea por la nominación que encierra el negacionismo no es tanto la verdad del lenguaje (o el regreso al lenguaje puro —pre caída edénica y babélica—) que es siempre inaccesible por estar fuera de la historia, *sino la pelea por quién va a ser el traductor*. El lenguaje se nos presenta, entonces, como un escenario en el que los grupos pugnan por expresar sus experiencias y aspiraciones. El poder simbólico, dirá Bourdieu con razón, como poder de constituir lo dado por la enunciación, no se ejerce sino si él es *reconocido*, desconocido como arbitrario. Esto significa que el poder simbólico se define en y por una relación determinada entre los que ejercen el poder (de la palabra en este caso) y los que lo sufren, es decir la estructura misma del campo donde se produce y se reproduce la creencia.⁷ Lo que hace el poder de las palabras es la creencia en la legitimidad de aquellas y de quien las pronuncia, creencia cuya producción no es competencia de las palabras. Por eso, la puja por el acceso a la nominación frente a los discursos negacionistas es tan importante.

La lucha por la criminalización del negacionismo es, desde esta perspectiva, la lucha por el acceso y la inscripción en la narrativa jurídica de dos sujetos colectivos en pugna por obtener reconocimiento en el contexto de la nación: por un lado, las víctimas y, por otro lado, los negacionistas. Es, nada más y nada menos, la confrontación entre partes que pretenden afirmar su existencia y su capacidad de influencia en la esfera pública y que reclaman reconocimiento y

7. BOURDIEU, *Intelectuales, política y poder*, p. 66.

legitimidad de su palabra y de sus demandas. Porque en definitiva lo que está en disputa es la apropiación política del pasado violento.

Uno de los riesgos es precisamente no lograr dimensionar acabadamente el peligro que puede conllevar el uso de este tipo de discursos en una sociedad tecnológica que ha olvidado la importancia de las revoluciones reales como instrumentos transformadores de la realidad social. Algo que además se ve agravado si tomamos en cuenta la circulación de la información mediante el uso de tecnologías.

En el informe elaborado por el Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso de febrero de 2011 en Viena, que analiza la situación europea hoy en día, justamente se hace referencia a la peligrosidad que conlleva en una sociedad global la circulación de la información.

En el mencionado informe se sostuvo:

“Europa se transforma en un gran laboratorio de múltiples experimentos tendientes, por un lado, a prevenir cualquier tendencia a la intolerancia y, por otro, al estudio de las causas para suprimirlas o, cuando menos, atenuarlas. [...] Por una parte, esos fenómenos —por los de odio— están ligados a genealogías de una humillación social que perdura a lo largo de varias generaciones y no desaparece hasta mucho después de que lo hagan las ofensas. [...] El fenómeno de la globalización, bien sea desde el punto de vista geográfico, por la inmigración, o virtual, por la Internet o los medios de comunicación, hace que se entrecrucen en una aparente sincronización unas genealogías históricas de humillación y unos equilibrios de fuerzas que se mueven en escalas y velocidades son muy diferentes y cuya importación cruzada resulta profundamente nociva”.

Vidal Naquet hace hincapié en esta idea de las genealogías históricas de humillación social a los sobrevivientes y familiares de los crímenes de Estado, que trascienden a la propia ofensa y que perduran en los medios de comunicación masiva y en las redes informáticas, reeditando la ofensa una y otra vez. Para el reconocido historiador es allí donde reside el peligro del negacionismo del siglo XXI:

“Acaso pueda verse mejor qué significa este método histórico; en nuestra sociedad de representación y de espectáculo es una tentativa de exterminio sobre el

papel, que releva el exterminio real. Se resucita a los muertos para herir mejor a los vivos. Eichmann recorría la Europa nazi para organizar el circuito de sus trenes. R. Faurisson no tiene a su disposición trenes, pero sí tiene documentos"⁸

La ingenuidad es un lujo que no podemos darnos porque lo que está en juego es revertir las consecuencias reorganizadoras de las prácticas sociales genocidas. Por ello es importante hacer un alto y mirar los modos de apropiación política que el poder hace de los acontecimientos genocidas a través de estos discursos negacionistas que se amparan bajo el paraguas del resguardo incuestionado a la libertad de expresión.

Resulta interesante considerar entonces la obra de Agamben, *El Reino y la Gloria*, donde analiza el rol de la opinión pública como dispositivo político de las democracias consensuales contemporáneas. En la obra analiza la relación oculta (en el sentido de no dicho) entre la oikonomía y la gloria, es decir, entre el poder como gobierno y gestión eficaz y el poder como majestuosidad ceremonial y litúrgica que constituye la estructura última de la máquina gubernamental de Occidente. En su investigación identifica en la Gloria el arcano central del poder e interroga el nexo indisoluble que lo liga al gobierno. Explica que la gloria toma el lugar de la inoperosidad del poder (vacío) y es esta vacuidad la que nutre y alimenta el poder.⁹

Ahora bien, una vez advertido el lugar central que tiene la Gloria en el dispositivo gubernamental desde siempre, analiza su continuidad en las sociedades democráticas actuales: en la forma de la opinión pública y el consenso.

Dice el autor:

"[...] Uno de los resultados de nuestra investigación ha sido que la función de las aclamaciones y la Gloria, en la forma moderna de la opinión pública y el consenso, está todavía en el centro de los dispositivos políticos de las democracias contemporáneas. Si los medios son tan importantes en las democracias modernas no se debe, en efecto, solo a que ellos permiten el control y el gobierno de la opinión pública, sino también y sobre todo a que administran y otorgan la Gloria, aquel aspecto aclamativo y doxológico de poder que en la modernidad parecía haber desaparecido. La sociedad del espectáculo —si llamamos con este

8. VIDAL NAQUET, *Los asesinos de la memoria*, p. 45.

9. AGAMBEN, "El Reino y la Gloria. Una...", p. 423.

nombre a las democracias contemporáneas— es, desde este punto de vista, una sociedad en la que el poder en su aspecto “glorioso” se vuelve indiscernible de la oikonomia y del gobierno”.¹⁰

En las democracias contemporáneas, sostiene Agamben, la aclamación sobrevive —siguiendo a Schmitt—¹¹ en la esfera de la opinión pública y únicamente partiendo del nexo constitutivo pueblo—aclamación—opinión pública es posible restituir sus derechos al concepto de publicidad, hoy desdibujado pero esencial para la vida política y en particular para la democracia moderna. La esfera de la gloria no desaparece en las democracias modernas; sino que simplemente se desplaza hacia otro ámbito, el de la opinión pública y el consenso.

Si el filósofo italiano tiene razón y la gloria y el poder tienen esta íntima relación y la gloria de las civilizaciones antiguas y medievales, es decir, lo que denomina Liturgia no desaparece en las democracias actuales, sino que se oculta bajo la forma de la opinión pública y el consenso, lo que sigue es el debate de la función política de los medios de comunicación masiva en las sociedades contemporáneas, que adquiere un nuevo significado y sobre todo una nueva urgencia.

Resulta interesante recordar el diagnóstico de Debord quien en 1967 constataba la transformación a escala mundial de la política y economía capitalista en una acumulación de espectáculos en los que la mercancía y el capital asumen la forma mediática de la imagen. Si a ello le sumamos la posición de Agamben que define a la opinión pública como nueva forma doxológica del poder, verificamos una diseminación de la función de la gloria como centro del dispositivo político a escala global.

Dice Agamben:

“Lo que en una época estaba confinado a las esferas de la liturgia y los ceremoniales, se concentra en los medios masivos, y, a la vez, a través de ellos, se difun-

10. AGAMBEN, “El Reino y la Gloria. Una...”, p. 11.

11. En palabras de Schmitt: “[...] La opinión pública es la forma moderna de la aclamación. Ella es quizás, una forma difusa y su problema no está resuelto ni desde el punto de vista sociológico ni desde el punto de vista del derecho público. Pero su esencia y su significado político se encuentran precisamente en el hecho de que ella puede ser entendida como aclamación. No hay ninguna democracia y ningún Estado sin opinión pública, como no hay ningún Estado sin aclamación”. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, pp. 319-320, citado por AGAMBEN, “El Reino y la Gloria. Una...”, p. 444.

de y penetra a cada instante y en cada ámbito de la sociedad, tanto público como privado. La democracia contemporánea es una democracia basada integralmente en la gloria, es decir en la eficacia de la aclamación multiplicada y diseminada por los medios masivos más allá de toda imaginación (que el término griego para gloria —*doxa*— sea el mismo que designa hoy la opinión pública es, desde este punto de vista, algo más que una coincidencia)".¹²

Desde su perspectiva el rol —acaso desmesurado— que se le confiere al debate público en las democracias se debe a la circunstancia que la *opinión pública* constituye en la actualidad la nueva gramática política de la *gloria*, como aspecto doxológico e inseparable del poder. Si gloria y poder son indivisibles y forman la maquinaria política de Occidente, en sociedades antiguas bajo la forma de la "liturgia" y en la sociedad moderna bajo la forma de "opinión pública" —o consenso como forma moderna de la aclamación—, se entiende entonces el porqué de su defensa desmesurada bajo el paraguas protector de garantizar más y mejor democracia.

Nuevos ropajes para viejos aliados. Comenzamos ahora a entender mejor el sentido de las actuales definiciones de la democracia como gobierno por consentimiento o democracia consensual. Porque en definitiva lo que estaría detrás del cuestionamiento al rol de la opinión pública en las democracias consensuales es la pregunta por el modo de apropiación política que despliega el poder en la actualidad.

Circunstancia significativa cuando el principal argumento detractor de la punición al negacionismo lo constituye la defensa de la libertad de expresión en tanto rasgo constitutivo del "debate público", es decir la garantía a los ciudadanos de participación en la construcción colectiva de la democracia por imperio del autogobierno que exigen pluralismo de opiniones en asuntos de interés público para garantizar la mayor robustez democrática. Desentrañar el contenido político oculto de los argumentos y conceptos que repetimos sin pensar al tomar partido a favor o en contra de la punición del negacionismo, deviene esencial. Máxime cuando ponderamos el poder político de las palabras y la importancia de la nominación en la definición de la violencia del lenguaje.

12. AGAMBEN, "El Reino y la Gloria. Una...", p. 445.

II.B. La función social de la libertad de expresión

Hemos sostenido la necesidad de abordar los principios liberales del estado de derecho —en el caso la libertad de expresión— actualizándolos conforme el cambio epocal y cargando de sentido su contenido material.

En esta perspectiva, la defensa de la libertad de expresión como derecho ilimitado debe ser puesta bajo revisión, no solo en su sentido normativo por cuanto tal restricción opera, para algunos supuestos específicos, tanto en el sistema universal, en el continental europeo y el sistema de protección interamericano, sino también en su dimensión valorativa a la luz de las obligaciones estatales de protección.

Así como la sociedad moderna produjo un nuevo sujeto social (ciudadano—burgués), también la sociedad actual mediatizada produjo una nueva ciudadanía y esta es la ciudadanía comunicacional que implica el reconocimiento de nuevos derechos y obviamente de nuevas obligaciones estatales en un constitucionalismo cultural del siglo XXI.

Nadie puede poner en duda que los medios de comunicación son hoy formadores de cultura. No solo se trata de la creación de realidad, sino de la propia creación de valores. Es a través de los medios de comunicación que se fabrican amigos y enemigos, simpatías y antipatías, estereotipos positivos y negativos, se condicionan nuestros gustos, valores estéticos, estilos, usos, conflictos y modos de resolverlos y aún más, se condicionan hasta los propios proyectos existenciales de la población. Para decirlo sencillo, los medios configuran nuestra cultura. Por eso deviene ineludible reflexionar sobre los alcances y límites que debe tener la libertad de expresión en el mundo tal como lo conocemos hoy.

Entiendo que el problema con el que solemos toparnos en el estudio de esta política pública por quienes consideran que esta conlleva una restricción *indebida* sobre la libertad de expresión, es que entienden a la libertad (de expresión) desde una mirada liberal conservadora que impone límites a la acción del Estado, que excluye la protección estatal. La libertad de expresión es concebida bajo esta óptica liberal tradicional como el derecho a la autonomía individual que impone sólo límites a la acción del Estado, esto es, la idea de una suerte de coraza protectora que excluye la actuación estatal. De este modo, se apela a un tratamiento unidireccional al tema de la libertad de expresión y no se toma en cuenta que, además de la restricción, este principio medular del estado de derecho contiene la implementación de obligaciones positivas de garantía y protección por parte del Estado.

En efecto, para algunos sectores que privilegian las definiciones omnicomprendivas y unidimensionales de la libertad de expresión (o de prensa), la actitud de los Estados debe basarse en garantías u obligaciones de abstención. Parten de la concepción más antigua del derecho a la libertad de prensa basada en la libertad opuesta a la Corona sobre fines del siglo XVII, por la que no solo el rey tenía voz pública. Así nace la libertad de prensa como garantía de no censura el ejercicio de tomar la palabra frente al trono por los nuevos actores sociales que puján por la adquisición del poder político.¹³

La idea de libertad negativa tuvo su origen como respuesta a las guerras civiles de religión de los siglos XVI y XVII y que aquella ha constituido la piedra angular del contractualismo moderno que ha definido, con sus matices, a la libertad como la ausencia de injerencia del poder político, lo que presuponía necesariamente la configuración del sujeto moderno, esto es el rescate de su individualismo bajo la fórmula de la *autonomía individual* (que incorpora la dimensión de autorrealización personal). La autonomía privada, que se basa en los derechos individuales y también sociales, da origen a un tipo específico de la libertad individual en las sociedades modernas. Externamente, los individuos ganaron el derecho, respetado y garantizado por el Estado, a estar a salvo de cualquier interferencia por parte de los actores estatales o de terceros. Internamente, a los sujetos se les concedió un ámbito en el que podían examinar su vida en total privacidad.

Para el liberalismo cada persona debe ser respetada y tratado como un igual, cualesquiera sean sus convicciones más íntimas. Es decir que cada individuo tiene el derecho a escoger su propio proyecto vital, aun cuando dicha elección implique adoptar una concepción del bien que todos los demás consideren equivocada. Desde Mill en adelante la visión dominante de la libertad de expresión considera básicamente dos cosas: la primera es que la verdad es algo que solo logramos conocer a través de la confrontación de ideas. La segunda es que esa confrontación debe realizarse al *margen de la intervención del Estado*.

La visión de la libertad negativa —modelo de mercado de ideas— comporta, *grosso modo*, la no interferencia en el ámbito individual y, por tanto, el aumento de la libertad se corresponde con la ausencia de barreras para su ejercicio. En palabras de Dworkin, significa no ser obstaculizado

13. ANSUATEGUI ROIG, "Notas sobre la evolución de teoría...", p. 12.

por otros en hacer lo que uno desee hacer.¹⁴ El Estado, en este panorama, es considerado un peligro, el mayor peligro para los derechos burgueses.¹⁵ Según esta visión, no es el papel del Estado prohibir ideas, aunque alguien las considere equivocadas, ni la expresión de estas porque el mejor criterio de verdad es el poder que el pensamiento pueda tener de ser aceptado en la competencia del mercado. La idea que subyace es que, por perniciosa que una idea pueda parecer, su corrección depende no de la conciencia de jueces ni legisladores sino de la competición con otras ideas.

Las asunciones implícitas de este modelo son: a) la verdad debe ser susceptible de ser descubierta, esto es cercana a un concepto objetivo más que a uno subjetivo; b) la asunción del mercado de las ideas enfatiza en que el poder de la racionalidad de los individuos puede separar la forma de la sustancia de las posiciones competitivas que se presentan.¹⁶ Para decirlo más simple, cuando el Estado no interviene estamos frente al libre tráfico de ideas y este nos conducirá hacia la única versión disponible de la verdad.

Algo que debe ser recordado porque cuando se analizan los por qué defender la libertad de expresión irrestricta en las teorías justificatorias actuales, se recurre, entre otras teorías como se verá, al argumento del resguardo a la autonomía individual, siendo que, de este modo, estamos relinqueando en realidad al modelo del Estado liberal moderno.

Tal como sostiene Dworkin, al analizar la justificación liberal actual de la libertad de expresión, existen dos tipos de argumentos justificantes: a) los que la consideran importante instrumentalmente, es decir por los efectos que produce y b) un segundo tipo que supone que la libertad de expresión es valiosa no solo en virtud de las consecuencias que tiene, sino

14. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of...*

15. Se produce en este momento una asociación indisoluble entre libertad de expresión y libertad económica de prensa. Y desde esta perspectiva se ha sostenido que la batalla liberal por la libertad de prensa solo se ganó cuando apareció una auténtica prensa de empresa con graves intereses creados y condicionada por la batalla de mercado, victoria consumada cuando la libertad de expresión (en su vertiente libertad de prensa) ya no es un factor de cambio histórico sino de consolidación del Estado burgués, en el momento en que se convierte en un aparato ideológico del Estado burgués. (ANSUATEGUI ROIG, "Notas sobre la evolución de teoría liberal...", p. 14). En la misma línea, Peces-Barba considera que la peripecia histórica de los derechos fundamentales es el de la superación de la dicotomía existente entre unas primitivas declaraciones que reconocían la libertad para todos y unas regulaciones que solo reconocen la libertad para algunos. PECES-BARBA, "Derechos fundamentales", p. 18.

16. PEREZ DE LA FUENTE, "La libertad de expresión y el...", p. 95.

que es una característica esencial y constitutiva de una sociedad política justa donde el gobierno trata a todos sus miembros adultos como agentes morales responsables. Desde esta perspectiva el gobierno insulta a los ciudadanos y niega su responsabilidad moral, cuando decreta que no son confiables al escuchar opiniones que puedan persuadirles de convicciones peligrosas u ofensivas.¹⁷

Ahora bien, el sentido clásico de la libertad de expresión será superado por los modelos surgidos tras la Segunda Guerra Mundial —modelo de democracia militante—: el concepto de libertad de información viene a sustituir el concepto de libertad de prensa, reflejando la necesaria evolución que demandaba la aparición de nuevos medios de comunicación, aunque la transformación operada es en realidad más profunda.

El nuevo contenido de la libertad se amplía; lo que trae como consecuencia que del individuo predominantemente emisor (derecho de expresión del pensamiento) se pase a considerar al individuo en la sociedad como predominantemente receptor (derecho a ser informado). La libertad de información tiene un nuevo destinatario —la colectividad— y cumple una función distinta: la formación de la opinión pública. Y es el reconocimiento específico de esta vertiente pasiva de la libertad de información el rasgo más destacable de la nueva concepción. La libertad de información no se suscribe solo a la libertad de difundir, sino que incluye también la libertad de recibir la información, vertiente pasiva que recogen expresamente las Declaraciones de Derechos, Convenciones internacionales y Constituciones que han aparecido en los últimos 50 años.

Tal como hemos señalado, el clima de posguerra trajo aparejado una interpretación de la libertad de expresión como libertad positiva de los individuos, utilizando la terminología de Berlin, en tanto asunción por parte del Estado de un rol activo para garantizar las posibilidades de realización

17. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of...*, p. 215. Los principios que están detrás de esta justificación intrínseca de la libertad de expresión tienen una clara inspiración en el liberalismo, especialmente en la versión que propuso Mill en su clásica *Sobre la libertad*. Considera que silenciar la expresión de una opinión es un mal que afecta a la humanidad por dos razones medulares: si la opinión es verdadera, se pierde la oportunidad de cambiar error por verdad; y, si es falsa, se pierde la percepción más clara y la impresión más vivida de la verdad producida por la colisión con el error. En sus propias palabras: “...nunca podemos estar seguros de que la opinión que nos esforzamos por sofocar sea una opinión falsa; y si estuviéramos seguros, sofocarla sería aun un mal”. MILL, *On liberty*, p. 77.

de los planes de vida de los individuos. La libertad positiva se presenta, entonces, como el poder de controlar o participar en las decisiones públicas, incluyendo la decisión de restringir la libertad negativa. Frente a la justificación libertaria de la libertad de expresión que enfatiza la libertad negativa como no interferencia estatal (modelo constitucional norteamericano) existe una justificación republicana de la libertad positiva, que se basa en la teoría de la responsabilidad social de la prensa.¹⁸

El Estado ausente en el liberalismo es reemplazado en el modelo de la libertad positiva, por un Estado activo, la neutralidad liberal por un compromiso con una concepción del bien particular y la custodia de la privacidad es reemplazada —no sin críticas—¹⁹ por el aliento a la virtud cívica. Un ejemplo paradigmático de este nuevo modelo de libertad que se presenta luego de la Segunda Guerra Mundial es Alemania, en donde la libertad de expresión no se configura como el valor constitucional más importante en su sistema jurídico. A partir de la Segunda Guerra Mundial, ha establecido una serie de valores públicos en su Constitución que son un compromiso activo para evitar errores del pasado, es decir lo que suele enrolarse en el sintagma *Nunca Más*. Esto supone que la dignidad humana sea considerada intangible y que la libertad de expresión se considere un derecho fundamental que se debe ponderar con otros derechos según las circunstancias del caso. Frente a la visión norteamericana de la neutralidad estatal de contenido, la perspectiva alemana de la libertad de expresión define una jurisprudencia según el punto de vista donde existen visiones que se consideran oficialmente prohibidas.²⁰

Como vemos no existe un modo unívoco de entender la libertad de expresión hoy día, de analizar su contenido y alcances, a la vez de desentrañar sus aspectos más controversiales a la luz de la perspectiva histórica en donde el escenario que inaugura Auschwitz fuerza a repensar los contenidos liberales clásicos. Muy por el contrario, en la actualidad nos encontramos con múltiples teorías que conviven simultáneamente y abordan

18. ANSUATEGUI ROIG, “Notas sobre la evolución de la...”, pp. 9-22.

19. GARGARELLA formula una fuerte crítica a esta posición en tanto aquella pone en riesgo la autonomía individual y supone la adopción de políticas perfeccionistas. Ver especialmente: GARGARELLA, “El carácter igualitario del republicanismo”, pp. 175-189.

20. KROTOSZYNSKI, *A comparative perspective on the First Amendment...*, p. 1553. PEREZ DE LA FUENTE, “La libertad de expresión y el...”, p. 118.

la importancia y las razones del por qué defender la libertad de expresión como derecho humano.

II.C. Los límites normativos de la libertad de expresión

Teniendo en consideración el "contenido" de aquel derecho y su relación con la democracia, voy a rescatar del profuso catálogo de teorías,²¹ aquellas que son utilizadas mayoritariamente para fundar la crítica a la punición del negacionismo. El argumento de la participación del ciudadano en la democracia es la posición teórico más visitada al momento de criticar la punición. Se ha entendido que la razón de ser de la protección constitucional a la libertad de expresión, siguiendo la tradición norteamericana, radica en la garantía a los ciudadanos de entender los procesos políticos a fin de participar efectivamente en la construcción cotidiana de la democracia por imperio del *self government*. El propósito de la protección de la libertad de expresión es entonces la promoción del autogobierno o la autodeterminación colectiva.²²

En los últimos años se ha alertado, sin embargo, acerca de la inconveniencia de estas teorías que no logran comprender acabadamente los nuevos sucesos comunicacionales y se demuestran incapaces para abordar las nuevas dimensiones de este principio, a la vez que no resultan satisfactorias en tanto olvidan las antiguas y originales raíces de la libertad.²³ Por ello, se ha llegado a sostener la legitimidad de la restricción del mencionado derecho en supuestos específicos, es decir, se ha trabajado sobre la dimensión del "contenido" de las expresiones, explorando diversos argumentos que asocian la dimensión social de la libertad de expresión con las obligaciones positivas del Estado. Desde esta perspectiva, si bien el propósito primario de la libertad de expresión es promover la deliberación democrática sobre asuntos de políticas públicas, la protección puede tener dos instancias: una más limitada vinculada con las cuestiones de deliberación de asuntos públicos y una más permeable a la regulación, como lo son los medios electrónicos, las campañas electorales, la pornografía o el discurso del odio.²⁴

21. Para un análisis exhaustivo de las teorías y debates sobre por qué defender la libertad de expresión como derecho humano, ver: LORETI, *Derecho a comunicar; el conflicto en...*, 2014.

22. MEILEJOHN, *Free Speech and Its Relations to Self-Government*.

23. ZENO ZERCOVICH, *Freedom of Expression. A critical and comparative Analysis*.

24. SUNSTEIN, *Democracy and freedom of speech*, pp. 19-26.

De este modo se introduce la posibilidad de regulación (limitación) de la libertad de expresión en algunos supuestos concretos. Se ha pasado de una justificación basada en la autonomía de las personas y su autorrealización personal a enfoques más colectivos que importan resolver cuál debe ser el rol del Estado y quiénes son los destinatarios de la protección en materia de ejercicio de la libertad de expresión. Y desde esta perspectiva en la búsqueda del respeto a los derechos, incluidos los de libertad de expresión, las últimas concepciones no solo se caracterizan por la búsqueda de la libertad, sino por fomentar la igualdad como medio de proteger la libertad.

Este viraje hacia la igualdad, o mejor dicho a la *igualdad—relación*,²⁵ es la que permite, al mismo tiempo incluir a la libertad en una teoría de la igualdad porque la libertad es a su vez susceptible de definirse como una relación, y entender a la libertad de expresión, no exclusivamente en su faz de límite negativo, sino, por el contrario, como acción afirmativa. En esta línea se encuentra el aporte fundamental de Fiss, para quien el Estado limitado puede ser un instrumento para promover la libertad, *pero la persecución de objetivos igualitarios requiere un ejercicio fuerte del poder estatal, incluyendo aquel que restringe la libertad expresiva o de opinión, en supuestos concretos* como son la pornografía y las expresiones de odio.²⁶

Existirían entonces buenas razones para justificar la acción del Estado, favoreciendo la discusión de ciertos temas o incluso su intervención coactiva en la libertad de expresión de algunos para permitir la de otros. Fiss plantea lúcidamente que, si bien resulte tentador ver las controversias contemporáneas sobre la libertad de expresión como una repetición de los problemas del pasado, en realidad hoy estamos siendo convocados, incluso obligados a reexaminar la naturaleza del Estado y a plantearnos si acaso debe jugar un papel preponderante en asegurar la libertad de expresión. El

25. Pensar en términos de relación, como afirma Rosanvallon, permite considerar positivamente las cosas y dar un horizonte realista al proyecto de una sociedad de iguales como figura democrática. Esto conduce a simplificar la idea de igualdad, remitiéndola a la manera de "estar con el otro", es decir, en una posición relativa, en una interacción, en un lazo de participación. La "igualdad relación" a partir de la utilización de la categorización de la igualdad como no sometimiento, permite al mismo tiempo incluir a la libertad en una teoría de la igualdad porque la libertad es a su vez susceptible de definirse como una relación, se la percibe bajo las formas de una autonomía relativa, de una reciprocidad necesaria. Cuando igualdad y libertad son comprendidas como *cualidades sociales*, como *relaciones*, tienden a superponerse. ROSANVALLON, *La sociedad de iguales*.

26. FISS, *Libertad de expresión y estructura social*, p. 213.

liberalismo actual, dirá Fiss, abarca una pluralidad de valores. Este se define tanto por sus compromisos tanto por la libertad como con la igualdad.

De esta manera, es posible que en este campo el Estado haya dejado de ser el enemigo contra el cual los liberales del siglo XIX buscaron blindar los derechos de las personas y se haya transformado en un amigo sin el cual el ejercicio de esos derechos —en este caso la libertad de expresión— se torne ilusorio.

El discurso del odio es regulado por el Estado con base en que estas expresiones denigran el valor de aquellos a quienes están dirigidas y de los grupos sociales a los que pertenecen. El peligro es que el mensaje haga imposible participar en la discusión de los asuntos públicos a grupos históricamente marginados. El discurso de odio tiende a disminuir el sentido de valor propio de sus víctimas, impidiendo de este modo su participación plena en muchas de las actividades de la sociedad civil, incluyendo el debate público. Provoca también que las víctimas se refugien en sí mismas. Cuando eventualmente hablan, sus palabras carecen de autoridad a tal grado que pareciera que no dicen nada. Incluso si la dinámica silenciadora es exclusivamente llevada a cabo por individuos desde la esfera privada existe de cualquier modo suficiente base para justificar la intervención del Estado.²⁷

El mismo efecto silenciador ha sido atribuido al caso de la pornografía. Al reducir a la mujer a mero objeto sexual, la pornografía subordina y acalla a la mujer. De allí la necesidad de referirnos al enfoque del feminismo crítico en particular la posición más radical que encarna Mackinnon a favor de la regulación. El ataque del feminismo radical a la pornografía se sustenta, no sobre la base de razones religiosas o morales, sino porque reduce a las mujeres a meros objetos sexuales y erotiza su dominación. El reclamo es que la pornografía induce a la violencia contra las mujeres en formas que incluyen la violación y más aún, da lugar a un enajenante patrón de desventaja social, lo mismo en asuntos relacionados con la intimidad que con la esfera pública. Como ha sostenido Mackinnon respecto de la pornografía, en un análisis que luego hace extensible al racismo de los nazis y el Ku Klux Klan, el problema de estos últimos discursos es que, de ser exitosos, logran construir una realidad social que hace invisible el daño que provocan. Porque para la autora la pornografía *daña*.²⁸

27. Fiss, *Libertad de expresión y estructura social*, p. 23.

28. Sostiene: 1) la pornografía incrementa el número de violaciones y otros crímenes sexuales; 2) la pornografía silencia a la mujer porque se les hace más difícil hablar y menos probable que otros entiendan lo que dicen; 3) las mujeres que actúan en películas pornográficas

Aunado a ello considera que, al igual que Fiss, en términos de libertad de expresión, esto equivale a afirmar que la libertad de expresión de ciertos grupos silencia la de otros. La libertad negativa de aquellos que defienden la pornografía entra en conflicto no solamente con la igualdad de sexos, sino también con la propia libertad positiva, porque la pornografía conduce a un sometimiento de las mujeres. Obviamente la pornografía no prohíbe votar a las mujeres, dirá Mackinnon, pero crea un clima en el cual las mujeres no tienen el menor poder político ni la menor autoridad ya que son subestimadas e incomprendidas por ser desvalorizadas. Comprendida de esta forma la pornografía niega la libertad positiva de las mujeres. Niega su derecho a ser dueñas de modelar su imagen en la vida social y política a partir de los fantasmas masculinos. Pero el argumento central de la posición de Mackinnon lo constituye la afectación a la igualdad. Si, como entiende la autora, la pornografía ayuda a que se incrementen las desigualdades de las mujeres, entonces esta debe ser prohibida sobre la base de la cláusula de igual protección.

En las antípodas de este pensamiento nos encontramos con Dworkin, para quien ante todo debe respetarse la libertad. En su opinión, si creemos vivir en una sociedad liberal comprometida con la responsabilidad moral individual, entonces cualquier censura sobre el fundamento del contenido es incompatible con la idea de que existe tal compromiso en nuestra sociedad. En sus propios términos: "si debemos elegir entre libertad e igualdad ... si los valores constitucionales realmente están en un curso de colisión deberíamos elegir la libertad porque la alternativa sería el despotismo de la policía de pensamiento...".²⁹

En efecto, en el clásico debate Dworkin—Mackinnon se evidencia la tensión entre libertad e igualdad. En sentido opuesto a Mackinnon, Dworkin considera que no se puede lograr la igualdad si antes no hubo libertad y ya refiriéndose al tema puntual de la regulación de la pornografía, sostiene que, si bien aquella es desagradable, o más aún, es un insulto tanto para las mujeres como para los hombres, no resulta posible considerar sin destruir el principio según el cual la forma de expresión que rechazamos tiene dere-

ficas sufren subordinación sexual real y directa; 4) como la pornografía tiene que ver con fantasías masturbatorias y estas, con erecciones provocadas por las imágenes entonces no se trata del derecho a expresión sino de algo más. Estas posiciones han sido fuertemente criticadas por Dworkin quien afirma que las conclusiones a las que arriba Mackinnon no tienen un correlato empírico.

29. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of...*, p. 236.

cho a la misma protección que las otras, que se trata de una razón suficiente para prohibirla. Afirma que "la esencia de la libertad negativa es la libertad de provocar: vale tanto para el hombre inmoral como para el héroe".³⁰

Ahora bien, todo el análisis desarrollado con relación a la apelación a la ley en el supuesto de pornografía que trae el debate feminista tiene por objeto el rescatar, entre sus múltiples argumentos, aquel que hace hincapié en la desigualdad que genera, a la vez del daño que provoca, y desde allí poner en crisis a la libertad de expresión.

III. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DAÑO NEGACIONISTA

En el caso que nos ocupa, el argumento de la invisibilidad del daño y el silenciamiento de los grupos se presenta particularmente atractivo en los supuestos de las prácticas negacionistas, en tanto justamente receptan la perspectiva teórica aquí asumida que, si bien reconoce los límites al Estado y sus obligaciones negativas, pero concibe a la libertad de expresión como un derecho social y pone su mirada en la afectación que las palabras tienen sobre las víctimas de crímenes de Estado.

El Estado tiene entonces el deber de actuar, regular, intervenir a fin de transformar las condiciones estructurales que silencian sistemáticamente a ciertos sectores de la población, sobre todo aquellos que han padecido su capacidad intrínsecamente genocida.

Como bien señala Fiss lo que hace el principio de autonomía es crear una fuerte presunción en contra de la intervención del Estado en la expresión de la opinión. Pero bajo el principio del debate público desde el enfoque estructural no existe tal presunción contra el Estado. Al Estado le es permitido, alentado e incluso se le exige que tome medidas para el debate público. Aun cuando esa acción implica una interferencia con la expresión de opiniones de algunos y, por lo tanto, una negación de su autonomía.

Esto precisamente es lo que ocurre con el delito de negacionismo. Frente a la emergencia de un nuevo racismo, de la ocurrencia de nuevos genocidios, la estrategia pasa por tornar impronunciable aquellas palabras que niegan la ocurrencia de estos atroces sucesos. La negación de la autonomía individual (del negacionista) no se presenta significativa desde la perspectiva "relacional"

30. DWORKIN, "Libertad y pornografía", p. 173.

entre igualdad y libertad, por cuanto aquellas son comprendidas como cualidades *sociales*, donde lo individual pierde importancia o es desplazado por la noción de relación, tal como se advierte en la igualdad sociológica de grupos.³¹

Por eso, debemos ser conscientes de que, en muchos casos, cuando sometemos a un debate abierto, plural y razonable las expresiones racistas o aquellas que niegan las prácticas genocidas, ello puede implicar la aceptación acrítica de las condiciones brutales a través de las cuales, bajo el andamiaje liberal moderno, se manifiesta la dominación comunicacional.

Está claro que los discursos negacionistas (o del odio en sentido amplio) no constituyen una realidad configurada al alero de internet. Hemos visto que su origen se da inmediatamente después a la finalización de la Segunda Guerra Mundial. Como en otros casos, no es un problema nuevo, sino que se trata de un problema agudizado por las nuevas tecnologías de la información. Esto, sin embargo, no es algo menor, como sostiene Biegel:

“La amplia diseminación de las expresiones de odio en el ciberespacio no tiene precedentes en su alcance y podría estar teniendo un efecto destructivo en nuestra cultura de formas subterráneas que aún no son completamente advertidas. De hecho, algunos comentaristas han sugerido que la creciente falta de civismo

31. Para la concepción de igualdad como no sometimiento es inadmisibles que se constituyan en la sociedad grupos que de hecho o de derecho gocen de menos derechos que el resto de las personas o que sufren su afectación por el hecho de pertenecer a esos grupos. Aquello demanda la obligación estatal de dismantelar esas situaciones de sometimiento al punto de generar la obligación de realizar distinciones fundadas, dando lugar a las denominadas acciones afirmativas. Si una sociedad se encuentra tolerando una situación de exclusión, segregación o sometimiento de un grupo, existe una obligación constitucional del Estado en virtud de su compromiso con la igualdad ante la ley —como no sometimiento— de dismantelar esa situación. Esta modalidad, sin desconocer la relevancia del estándar de razonabilidad para justificar el trato diferente, es sensible a las condiciones de hecho en las que operan e incorpora el dato del contexto social en la comprensión de lo que la norma demanda. De acuerdo con la perspectiva de la igualdad estructural resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales que den cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad. Esta concepción se apoya en la idea que el derecho no puede ser completamente “ciego” a las relaciones existentes en un determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas. La concepción de la igualdad como no sometimiento o el concepto sociológico de igualdad han sido abordados como respuesta crítica a la concepción individualista de la igualdad por autores como Owen Fiss, Robert Post, Catherine Mackinnon, entre otros. Ver especialmente: SABA, “(Des)Igualdad Estructural”, pp. 137-172.

puede ser explicada, al menos en parte, por el impacto de los discursos en línea "menos que civiles" (*less than civil*) en la sociedad en su conjunto".³²

En general, internet no añade problemas a nuestra existencia, sino que profundiza algunos de aquellos con los que ya convivíamos. Con todo, en el caso de los discursos negacionistas, un problema agudizado podría ser bastante peor que un nuevo problema.

En este punto se presentan como acertadas las reflexiones de Fiss sobre el estado actual de los usos y abusos de la libertad de expresión:

"[...] ver las controversias actuales sobre la libertad de expresión como una mera repetición del pasado es equivocado. Algo mucho más profundo y de mayor relevancia está sucediendo. Se nos está invitando —de hecho, se nos está obligando— a reconsiderar la naturaleza del Estado moderno y a examinar si este debe desempeñar algún papel en la protección de nuestras libertades más fundamentales. Los debates del pasado asumían que el Estado era el enemigo natural de la libertad. Era el Estado el que estaba tratando de silenciar al individuo, y era el Estado al que había que poner límites. Hay una gran dosis de sabiduría en esta concepción, pero se trata de una verdad a medias. Ciertamente el Estado puede ser opresor, pero también puede constituir una fuente de libertad... Este punto de vista —inquietante para algunos— descansa en una serie de premisas. Una de ellas se refiere al impacto de las concentraciones privadas de poder tienen sobre nuestra libertad; a veces se necesita al Estado para contrarrestar estas fuerzas. [...] Puede que el Estado tenga incluso que silenciar voces de algunos para que se oigan las voces de los demás, a veces no hay más remedio".³³

Por ello, me animo a pensar, siguiendo a Fiss, que en aquellas sociedades que se han visto atravesadas por experiencias genocidas, hay palabras que no pueden ser dichas y en esta prohibición el derecho juega un rol fundamental en tanto único campo de imposición de normatividad como parte de la construcción del monopolio de normatividad estatal moderna o, por lo menos, resulta conveniente alertar respecto de la peligrosidad de expresiones que, en la justificación de su utilización, invocan a la democracia cuando en

32. BIEGEL, *Beyond our control*, p. 324.

33. FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, p. 12.

realidad atentan contra su propia subsistencia y esencia. El propósito básico del discurso negacionista es degradar a las víctimas, y precisamente al degradar la dignidad humana de un grupo se ataca la base del sistema democrático. Los discursos negacionistas se amparan en el andamiaje liberal de la libertad de expresión y fundamentalmente de la participación ciudadana en el debate público, entendiendo una igualdad formal entre los negacionistas y las víctimas, cuando en realidad se trata de un colectivo que ha sido arrasado por la experiencia genocida perpetrada por el propio Estado y respecto del cual es necesaria su reparación histórica. En todo caso, con el antinegacionismo jurídico se apela al silenciamiento de las voces de algunos para que se oigan las voces de los sistemáticamente excluidos.

Por ello, no comparto la idea extendida en el marco de la defensa de las democracias consensuales que con la punición del negacionismo se atenten los valores esenciales de la democracia entendida como cerceamiento en el debate público.³⁴ Las víctimas de crímenes de Estado no pueden en modo alguno constituir una amenaza contra la democracia. Por el contrario, dan manifestación gestual a aquel sentimiento agudamente democrático y que Tocqueville puso en conexión con la igualdad: la pasión que surge al ver sufrir a un semejante.

Esta debe ser la perspectiva de análisis cuando nos referimos a la función social de la libertad de expresión: el dolor infligido a las víctimas de los crímenes de Estado por las expresiones negacionistas se transforma en el *motor* fundante o legitimante de la punición, a punto de considerarlo en

34. Para una mirada crítica del significante democracia ver: NANCY, "Democracia finita e infinita", pp. 79-96. En la misma línea, Wendy Brown analiza este significante vacío y afirma que la democracia como concepto y como práctica ha estado siempre rodeada de una periferia no democrática y de un sustrato compuesto por elementos no integrados. Esta franja exterior no solo proporciona sustentación material a la democracia, sino que también constituye un factor que contribuye a definir por contraste el contenido de la democracia misma. Considera que una de las premisas fundacionales de la democracia moderna es la libertad. Nunca ha predicado la igualdad, salvo en el sentido formal del término. Sin embargo, al mismo tiempo se han permitidos y perpetuados las jerarquías, las exclusiones y las violencias de subordinación que han constituido la impronta de la democracia a lo largo de toda su existencia moderna. Entiende que en la actualidad nos acecha un peligro más obvio e inquietante: el de un fascismo que encuentra su cobijo en los resquicios democráticos. Este supuesto al que cataloga como democracia negativa incluye, en lo que aquí nos interesa, a aquellos sistemas que fundados en el discurso del odio promueven limpiezas étnicas. Esta posibilidad de cobijo "en" la democracia de aquellos quienes en definitiva atentan contra aquella, debe constituir una clara señal de alerta y obliga a repensar la relación entre democracia y libertad.

verdad indisoluble de la propia noción de democracia. Contrariamente a lo que se suele sostener entonces, justamente sobre la base del argumento democrático, es que la criminalización del negacionismo se halla justificada.

El genocidio es la representación más violenta y más extrema de la violación a la dignidad humana por parte de un Estado perpetrador y conlleva no solo la negación del Estado de Derecho sino el aniquilamiento material del grupo definido como otro negativo. Sus condiciones, las personas responsables de sus concreciones claramente identificables, la enorme disparidad entre las víctimas y perpetradores, así como la magnitud de la degradación de las víctimas, señala la naturaleza horrenda de estos crímenes.

Teniendo en cuenta la perspectiva histórica del desarrollo de los derechos humanos con la adopción de disposiciones que declararon el rechazo a las atrocidades cometidas y consecuentemente los valores en los que debían fundarse los nuevos sistemas democráticos luego de la Segunda Guerra Mundial, el negacionismo amenaza no solo a los poderes constituidos, sino sobre todo al pacto ético que cohesionaba a las sociedades democráticas contemporáneas. Se ataca en verdad el momento constituyente de la democracia.

Dice Fronza en lo que aquí interesa:

“Inmediatamente después del final de la Segunda Guerra Mundial, se presenció un movimiento de recodificación —las nuevas Constituciones de los varios Estados europeos— y la creación, en el plano internacional, de documentos e instancias de garantía para la protección de los derechos fundamentales, expresándose así el rechazo directo de aquellos hechos atroces y la recepción de nuevos valores. Es posible afirmar que todo el conjunto de los valores que caracterizaron el periodo posbélico, cristalizados dentro del sistema ético-jurídico elaborado a partir de 1945 (constituciones, legislaciones nacionales y documentos internacionales, vinculantes y no), sea el producto de la reacción ante las ideas nefastas que causaron la deriva homicida de los regímenes totalitarios. Ahora bien, para nosotros el negacionismo niega justamente los hechos que originan dicha reacción y, por lo tanto, niega el universo ético político surgido después de la Segunda Guerra Mundial. Este fenómeno afecta profundamente no tanto a los poderes constituidos, a las estructuras establecidas, sino mucho más al pacto ético, representado por el rechazo incondicional de las dinámicas que arrastraron a Europa al horror de la guerra y los totalitarismos. Lo que aquí se define como pacto ético representa, por consiguiente, un compromiso común a interpretar de manera uniforme el acontecimiento fundador, o sea el genocidio nazi que tanto

ayudó para cambiar el rostro de las Cartas constitucionales y del sistema jurídico internacional... El negacionismo ataca entonces el momento constituyente de la democracia, mucho más que sus aspectos constituidos, o sea las instituciones".³⁵

Por ello, mal puede decirse que con la punición se ataca la democracia cuando en verdad se la está defendiendo del ataque negacionista. En esta dimensión de los derechos humanos, tanto el recuerdo del momento más trágico del siglo XX como la memoria de las violaciones a los derechos humanos posteriores, no representan un mero hecho cultural. Ese recuerdo tiene un alcance público concreto: constituir el elemento fundacional de la esfera política. Los negacionistas "utilizan la libertad de palabra en todo su potencial subversivo y retórico con el propósito de alterar los fundamentos del pacto ético mediante el ataque al patrimonio histórico común".³⁶

Los discursos negacionistas reeditan el dolor de las víctimas y familiares, renuevan las humillaciones de los sobrevivientes, a la vez que buscan darles una solidez narrativa a estos pactos sociales denegativos en tanto representación simbólica de lo ocurrido. Siendo que lo realmente peligroso es que se configuran en modos sutiles de silenciamiento de las víctimas a la vez que permiten la generación de un clima para que el genocidio sea posible. Una tentativa de exterminio sobre el papel dice lúcidamente Vidal Naquet.

VI. CONCLUSIÓN

Finalmente algo que puede resultar banal pero que no lo es. El negacionista no es un estúpido. No solamente es un problema de alcances de la libertad de expresión, no son solo palabras. Estas palabras producen efectos políticos concretos.

Zaffaroni recurre a un interesante concepto: el lenguaje mortífero, dando cuenta del carácter peligroso y letal que pueden tener las palabras, cuando estas se encuentran dirigidas a no evitar (o incluso incidir) en la producción de cadáveres. En todo caso, de lo que se trata es de averiguar si los cadáveres son tales porque las palabras han contribuido a condicionar (o a no evitar) las conductas que los convirtieron en cadáveres, puesto que es así como las palabras matan, como opera el lenguaje mortífero, o sea, legitimando, mos-

35. FRONZA, "¿El delito de negacionismo? El instrumento...", pp. 142-143.

36. FRONZA, *El delito de negacionismo en Europa*, p. 122.

trando u ocultando, descubriendo o encubriendo. Para Zaffaroni, cuando las palabras son instrumentos letales, lo son "por y para algo" y por ello nos exige no hacernos los distraídos ante el poder de aquellas:

"Las urgencias de nuestro margen y los gritos de los cadáveres que nos dicen que están muertos nos exigen que por lo menos los miremos, que por horrible que sea el espectáculo no volvamos la vista hacia otro lado, que no los ignoremos, y que, si bien debemos ocuparnos de los discursos y en particular de las palabras letales, no lo hagamos como especulación abstracta, sino justamente porque esas palabras son capaces de incidir en su producción".³⁷

Ningún Estado responsable puede permanecer indiferente frente a la propagación de estos discursos en esta "nueva" realidad comunicacional, porque lo que está en juego es la configuración de nuestra cultura que se presenta: a) o bien como proclive —o incluso indiferente— a la perpetración de genocidios sobre el colectivo definido como otredad negativa o, b) por el contrario, una cultura que rescata la distinción moral entre lo justo e injusto, que no condena como inútil lo mejor de nuestras tendencias humanas, aquello que desde la antigüedad produce que algunos de los humanos se preocupen por el sufrimiento del otro y busquen transformar la realidad para evitarlo.

Creo que lo peor que nos puede pasar como ciudadanos, agentes ético-políticos, intelectuales, etc. es disfrazar el pensamiento reaccionario bajo la sutileza teórica del liberalismo penal. Con ello no quiero decir que la criminalización es la única respuesta para enfrentar el negacionismo. Digo simplemente que se presenta como una estrategia posible, en términos de validez y justificación. Algo que exige pensar la libertad de expresión con dimensión histórica (factor tiempo) y en su contenido multidimensional (en relación con la igualdad) para dismantelar situaciones de invisibilización del daño y silenciamiento de las víctimas que los discursos negacionistas significan.

Este siglo colmado de guerras y genocidios nos plantea los desafíos de pensar estas nuevas criminalidades discursivas al alero de las nuevas tecnologías. Tenemos muchos y serios problemas. No solo el recrudescimiento de discursos negacionistas en Argentina y como impactan en el escenario judicial, sino también genocidios invisibilizados y negados a nivel global. A

37. ZAFFARONI, *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*, p. 14.

lo que se suma el retorno de neofascismos, tanto a nivel regional como universal. Se nos hace urgente pensar estas problemáticas —en memoria de los muertos, *nuestros* muertos, de sus familias, de los sobrevivientes—, pensar la sociedad que éramos antes del aniquilamiento y la que somos hoy, cómo los usos del pasado nos permiten pensar nuestro presente democrático.

Benjamin describe certeramente este entramado cuando dice que “he-mos sido esperados sobre la Tierra”. Y la pregunta entonces es: ¿quién nos ha esperado? La respuesta es sencilla y a la vez profundamente inquietante: las víctimas, todos aquellos que no pueden descansar tranquilos porque se les ha privado de su dignidad. Si nos esperan es porque tienen una factura que pasarnos, tienen unos derechos pendientes que nosotros tenemos que saldar. ¿Por qué nosotros si ellos son anteriores a nosotros? Podía haber sido de otra manera, podíamos haber nacido sobre un planeta en el que la herencia no estuviera manchada de sangre y olvido.

Hacer justicia es siempre rendir cuentas de lo que quedó abierto, de lo aniquilado y también de lo *negado*, en definitiva de lo malogrado. No se escucha y prioriza la voz de la víctima para invertir el reparto de papeles, sino para reflexionar sobre la violencia que se les hizo, sobre la lógica política que los convirtió en víctimas y que hoy se sigue suscitando con el gesto de negaciones que nada tienen de inocentes. Recordar es un acto político. Es ahora y es urgente.

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio, “El Reino y la Gloria. Una genealogía teológica de la economía y del gobierno”, en *Homo Sacer*, Vol. II, N° 2, Ed. Adriana Hidalgo, 2008, Buenos Aires.
- , & BADIOU, Alain & BENSALID, Daniel y otros/as, *Democracia en suspenso*, Editorial Casus-Belli, 2010, Madrid.
- ANSUATEGUI ROIG, Francisco, “Notas sobre la evolución de la teoría liberal de la libertad de expresión”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 6, 1990, pp. 9-22.
- BENJAMIN, Walter, “Sobre el lenguaje en general y sobre el lenguaje de los humanos”, en *Para una crítica de la violencia y otros ensayos*, Taurus, 1991, Madrid.
- BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Ed. Alianza, 1993, Madrid.
- BIEGEL, Stuart, *Beyond our control?*, The MIT Press, 2001, Cambridge.

- BOURDIEU, Pierre, *Intelectuales, política y poder*, Eudeba, 2014, Buenos Aires.
- DWORKIN, Ronald, "Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution", en *Harvard University Press Cambridge*, Cambridge, Massachusetts, 1996.
- , "Libertad y pornografía", en *Derecho y Humanidades*, Año II, N° 3 y 4, 1993, Escuela de Derecho, Universidad de Chile.
- , "¿Entran en conflicto la libertad y la igualdad?", en BARKER, Paul (comps.), *Vivir como iguales. Apología de la Justicia Social*, Paidós, 2000, Buenos Aires.
- FISS, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, 1999, Barcelona.
- , *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, Ad-Hoc, 2010, Buenos Aires.
- FRONZA, Emanuela, "La protección penal de la memoria. Sobre el Delito de Negacionismo", en EIROA, Pablo & OTERO, Juan M. (comp.), *Memoria y Derecho Penal*, Fabián J. Di Placido Editor, 2008, Buenos Aires, pp. 111-183, Colección ¿Más Derecho?
- , "¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 5, 2011, pp. 97-144.
- , "The Criminal Protection of Memory. Some Observations About the offense of Holocaust Denial" en HENNEBEL, Ludovic & HOCHMANN, Thomas, *Genocide Denials and the Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 155-182.
- , *El delito de negacionismo en Europa. Análisis comparado de la legislación y la jurisprudencia*, Hammurabi, 2018, Buenos Aires.
- GARGARELLA, Roberto, "El carácter igualitario del republicanismo", en *Isegoría*, N° 33, 2005, pp. 175-189.
- KROTOSZYNSKI, Ronald, "A comparative perspective on the First Amendment: Free speech, militant democracy, and the primacy of dignity as preferred constitutional value in Germany", en *Tulane Law Review*, 2004, Vol. 78, N° 5, pp. 1549-1609.
- LORETI, Damián, *Derecho a comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*, 2ª Ed., Siglo XXI editores, 2014, Buenos Aires.
- MEIKLEJOHN, Alexander, *Free Speech and Its Relations to Self-Government*, Harper Brothers Publishers, 1948, New York.
- MILL, John Stuart, *On liberty*, Penguin Group, 1985, New York.

- PECES-BARBA, Gregorio, "Derechos fundamentales", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, N° 2, 1987, pp. 7-34.
- PEREZ DE LA FUENTE, Oscar, "La libertad de expresión y el caso del lenguaje de odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y alemana", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, diciembre, 2010, N° 21, Madrid, pp. 90-127.
- REYES MATE, Manuel, *Memoria de Occidente. Actualidad de pensadores judíos olvidados*, Antrophos, 1997, Barcelona.
- ROSANVALLON, Pierre, *La sociedad de iguales*, Manantial, 2012, Buenos Aires.
- SABA, ROBERTO, "(Des)Igualdad Estructural", en ALEGRE, Marcelo & GARGARELLA, Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, 2007, Buenos Aires.
- SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Alianza, 2009, Madrid.
- SEGATO, Rita, *Las estructuras elementales de la violencia*, 2ª Ed., Prometeo, 2010, Buenos Aires.
- SUNSTEIN, Cass, *Democracy and freedom of speech*, The Free Press, 1995, New York.
- VIDAL NAQUET, Pierre, *Los asesinos de la memoria*, Siglo XXI Editores, 1994, México.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*, Ediar, 2011, Buenos Aires.
- ZENO ZERCOVICH, Vincenzo, *Freedom of Expression. A critical and comparative Analysis*, Routledge-Cavendish, 2008, Canada.

**ENSAYOS Y XVI CONCURSO DE ENSAYOS
'DR. IGNACIO WINIZKY': ANTICORRUPCIÓN Y
TRANSPARENCIA**

LOS COSTOS DE LA ANTICORRUPCIÓN: BALANCEANDO LIBERTAD E IGUALDAD EN LA REGULACIÓN DEL FINANCIAMIENTO ELECTORAL*

FEDERICO MAXIMILIANO MANTIÑAN **

NICOLÁS DANIEL ZARA ***

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar algunos aspectos comunes de la regulación del financiamiento electoral a la luz de las tensiones que se suscitan entre las políticas anticorrupción y los valores democráticos de libertad e igualdad. En primer lugar, analizaremos la influencia del origen del dinero según se trate de financiamiento integrado exclusivamente con fondos públicos o por aportes de personas privadas: la presencia excluyente de uno u otro generará diferentes dinámicas de corrupción, que hacen preferible un esquema de financiamiento mixto. Seguidamente, trataremos algunas cuestiones relativas al financiamiento privado de campaña con énfasis en los denominados “gastos independientes”, no regulados por la ley argentina. En particular, se discutirá su naturaleza jurídica y las implicaciones en términos de libertades que puede suponer su regulación, según sean aquellos asimilados a expresión política o al ejercicio de simples derechos patrimoniales. A continuación, nos detendremos brevemente en la cuestión de la participación de las personas jurídicas en el financiamiento de campañas electorales. Finalmente, abordaremos la relación de las políticas de transparencia electoral con las libertades individuales y los principios igualitarios democráticos, y su interrelación con el resto del entramado regulatorio de financiamiento electoral.

* Este trabajo obtuvo el primer premio en XVI Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” sobre Anticorrupción y Transparencia.

** Abogado (UBA). Becario del Programa de Intercambio de la Facultad de Derecho (UBA) en The University of Texas at Austin, School of Law (2016). Relator en la Sala III de la Cámara CAyT y docente en la asignatura “Teoría General del Derecho” (cátedra del Dr. Carlos Rosenkrantz).

*** Abogado, Universidad de Buenos Aires. Master of Laws (LL.M.), Tulane University Law School.

Palabras clave: corrupción — financiamiento de campaña — derecho electoral — libertad — igualdad — contribuciones electorales — gastos electorales — gastos independientes — gastos de terceros — transparencia — rendición de cuentas

Abstract: This paper’s aim is to analyze some common aspects of campaign finance regulation, in light of the tensions that arise between anti-corruption policies and the democratic values of liberty and equality. First, we will analyze the different corruption dynamics that emerge when campaigns are financed exclusively with either public funds or with contributions from the private sector, as a result of which a mixed-sourced financing system might be the most desirable alternative. After that, we will focus on some issues concerning private money in campaign financing, with emphasis in the so-called independent expenditures, which are not regulated under Argentine law. Particularly, we will discuss its very nature, and the legal consequences resulting from their treatment as either speech rights or property rights. Then, we will briefly address the role of corporations in campaign financing. Finally, we will examine the relation between transparency policies and individual liberties as well as egalitarian principles, and the connections between such policies and the rest of the campaign financing regulatory scheme.

Keywords: corruption — campaign financing — election law — liberty — equality — campaign contributions — campaign expenditures — independent expenditures — third party expenditures — transparency — accountability

I. INTRODUCCIÓN

Si los siglos XIX y XX se caracterizaron por haber dado respuesta a la pregunta “¿queremos o no democracia?”, el principal planteo para resolver en el siglo XXI pareciera ser “¿qué tipo de democracia queremos?”.¹

Mejorar la calidad democrática de nuestras sociedades es un ideal inobjetable, pero no por ello exento de dificultades. En este sentido, tal vez la barrera más significativa que encuentren las democracias liberales occidentales para su desarrollo sea la lucha contra la corrupción política.

1. PRZEWORSKI, *¿Qué esperar de la democracia? Límites...*, pp. 36-43.

En esta cruzada, el punto de partida es desalentador: Rose-Ackerman plantea que la eliminación total de la corrupción jamás podrá ser un objetivo real a considerarse.² Por el contrario, los esfuerzos deben estar orientados a establecer medidas para limitarla y reducir sus consecuencias. Pero tales esfuerzos jamás serán inocuos, en la medida en que todo avance estatal en la prevención de la corrupción traerá aparejado costos en materia de derechos.³

De allí se sigue que *ninguna regulación será neutral*: la adopción de un marco regulatorio en la materia implica una decisión previa respecto de qué derechos estamos dispuestos a ceder y en qué medida.

En este trabajo nos ocuparemos, en particular, de una especie de corrupción que afecta directamente a los tres ideales fundamentales de cualquier concepción de democracia: *autogobierno, libertad e igualdad*.⁴ Nos referimos a la corrupción en materia de financiamiento electoral.

Si consideramos a la lucha contra la corrupción electoral como un interés estatal digno de perseguir, fundamental para proteger la idea de autogobierno —sin la cual una democracia no puede ser considerada tal ni bajo los estándares menos exigentes—, entonces todo se reduce a cuánto estamos dispuestos a ceder, en materia de libertad o de igualdad, para asegurar elecciones limpias y competitivas.

El presente trabajo tiene por objeto analizar algunos aspectos comunes de la regulación del financiamiento electoral a la luz de las tensiones que se suscitan entre las políticas anticorrupción y los valores democráticos de libertad e igualdad.

En primer lugar, analizaremos en el punto II la influencia del origen del dinero destinado a gastos electorales, según se trate de fondos provenientes de las arcas estatales o de personas privadas. La presencia excluyente de uno u otro generará diferentes dinámicas de corrupción, que hacen preferible un esquema de financiamiento mixto.

Luego, trataremos en el punto III algunas cuestiones relativas al financiamiento privado de campaña. Comenzaremos por las deficiencias que presentan las regulaciones que establecen límites máximos a donaciones y gastos totales de campaña. Intentaremos advertir acerca del peligro que si-

2. ROSE-ACKERMAN, *La corrupción y los gobiernos: causas...*, p. 94.

3. Para un análisis acabado de la cuestión, ver HOLMES & SUNSTEIN, *El costo de los derechos...*

4. PRZEWORSKI, *¿Qué esperar de la democracia? Límites...*, p. 40.

gnifica la ausencia de tratamiento, en la ley argentina, de los denominados gastos independientes, y de las implicaciones en términos de libertades que puede suponer su regulación. Seguidamente, nos detendremos brevemente en la conveniencia y justificación de la participación de las personas jurídicas en el financiamiento de campañas electorales.

Finalmente, el punto IV versará acerca de las políticas de transparencia electoral y su aparente efecto ampliatorio tanto de las libertades individuales como de los principios igualitarios democráticos. Analizaremos si estas políticas menoscaban algún aspecto del derecho a la privacidad, particularmente el ejercido en el marco de la participación política.

II. SISTEMAS DE FINANCIAMIENTO

Los salarios del staff de campaña, la realización de encuestas y *focus groups*, las giras, actos y concentraciones masivas, los espacios en medios masivos de comunicación, la producción de spots, la impresión de boletas, el afichaje y la panfletería, entre muchos otros gastos, hacen de las campañas electorales una actividad muy onerosa.⁵ Esto especialmente cierto en un sistema electoral como el argentino, con primarias abiertas, simultáneas y obligatorias, y elecciones generales a doble vuelta.

Según los fondos con los que cuentan los candidatos para costear las campañas, provengan totalmente del sector público, íntegramente del sector privado, o estén compuestos por elementos de ambos, el financiamiento de una campaña electoral se clasifica en: (i) privado, (ii) público o (iii) mixto.

II.A. Financiamiento privado

Dada la onerosidad de llevar adelante una campaña electoral, un sistema de financiamiento íntegramente privado arrastra consigo a la abrumadora mayoría de la población fuera de la disputa por los cargos electivos. Dejar el financiamiento electoral librado a los aportes que cada candidato

5. El periodista Hugo Alconada Mon afirma que, para participar con chances de ganar en una elección presidencial en la Argentina, un candidato debe erogar aproximadamente 100 millones de dólares. ALCONADA MON, “Una campaña cuesta cien millones de...”.

pueda conseguir tiene como corolario lógico que quienes no cuentan con los recursos necesarios para solventar sus propias campañas, o con los contactos y el tiempo necesarios para reunirlos, son automáticamente excluidos de la contienda electoral. La política se convierte en una actividad exclusiva de millonarios, quebrándose así el principio de igualdad ante la ley.

El otro argumento comúnmente utilizado en contra de un sistema de financiamiento íntegramente privado tiene que ver con evitar la corrupción. En un sistema financiado total o mayoritariamente por capitales privados, los grandes actores del mercado adquieren la capacidad de elegir qué ciudadanos están habilitados para ser candidatos y, de entre ellos, cuáles llegarán con chances al final de la carrera electoral. El primero de estos fenómenos fue bautizado como “la primaria de la riqueza”:⁶ antes de lanzar su candidatura a un cargo electivo, un ciudadano debe obtener el compromiso de grandes actores del sector privado con el financiamiento de su campaña, el que a su vez dependerá del grado de aceptación que estos tengan respecto de su plataforma, o de las medidas que les prometa en avance de sus intereses particulares. Pero ese es solamente el inicio del problema. Una vez elegidos los candidatos que lograrán participar de la contienda tan solo tendrán posibilidades reales de imponerse aquellos que logren conseguir la mayor cantidad de dinero. En muchos casos, el financiamiento privado viene acompañado de promesas, concesiones o tratos preferenciales por parte de los candidatos a sus mayores aportantes, a menudo corporativos. De modo que, si se deja el financiamiento electoral librado al arbitrio del sector privado y con escasa o nula participación estatal, la agenda política de los candidatos que participan —y más aún, la de aquellos que ganan elecciones— estará fuertemente contaminada por las prioridades económicas y políticas de sus aportantes, las que además les son manifestadas a puertas cerradas, en encuentros de los que no existe, en general, registro alguno.

En el caso particular argentino, el Artículo 38 de la Constitución, introducido en la reforma de 1994, sienta las bases constitucionales del régimen de partidos políticos en la Argentina.⁷ Su texto erige a los partidos en

6. RASKIN & BONIFAZ, “Equal Protection and the Wealth Primary”, pp. 274-275.

7. “Artículo 38. Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático. Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos

instituciones fundamentales del sistema democrático y les garantiza, entre otros derechos, el libre ejercicio de sus actividades y la difusión de sus ideas. Por otra parte, pone en cabeza del Estado la contribución al sostenimiento económico de sus actividades y la capacitación de sus dirigentes, y les exige, como contrapartida, publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio.

Dado que la participación en elecciones es una actividad inherente a la naturaleza y existencia de los partidos políticos, creemos que el sostenimiento constitucionalmente exigido alcanza a esa actividad, por lo que cualquier interpretación en contrario resultaría irrazonable.⁸

II.B. Financiamiento público

Sentada la inconveniencia de un financiamiento íntegramente privado y, para el caso argentino, su inconstitucionalidad, corresponde analizar los méritos de un sistema de campaña financiado íntegramente con fondos provenientes del Estado.

La abrumadora mayoría de los sistemas electorales garantiza a los partidos políticos ciertos recursos económicos de origen público para afrontar sus campañas.⁹ Ordinariamente, esto se instrumenta mediante transferencias, previstas en el presupuesto, de dinero obtenido a través del sistema ordinario de rentas. Incluso para los partidarios de un Estado mínimo, el financiamiento de la actividad electoral con recursos tributarios no es menos fundamental que el del sistema de salud o de seguridad, en tanto se trata de una función esencial del Estado.

Sin embargo, la cuestión adquiere ribetes más complejos cuando se trata de un sistema de financiamiento íntegramente estatal, que no deja lugar para contribuciones privadas. Es que si los individuos están obligados

electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas. El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes. Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio".

8. Así lo ha entendido el Legislador nacional al reglamentar la materia en la ley de Financiamiento de los Partidos Políticos (26.215) y normativa concordante, estableciendo un sistema mixto de financiamiento de los partidos políticos, en virtud del cual se asegura a los partidos aportes provenientes del Estado Nacional, al tiempo que les permite obtener otros del sector privado, personas físicas (afiliados o no) o jurídicas.

9. ALEXANDER, "Election Finance", p. 75.

a sostener las campañas políticas con sus tributos —sin poder elegir el destino específico de su dinero—, no parece razonable que se les restrinja la libertad de ir más allá de lo estrictamente obligatorio y aportar voluntariamente a una o más campañas de candidatos de su interés. En efecto, se consagraría un principio por el cual solamente se permite el financiamiento forzoso —no así el voluntario— de las campañas electorales. Amén de lógicamente difícil de articular, este principio luce cuestionable a la luz del ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, y de su libertad de asociación.

Otra objeción posible tiene que ver con la finitud de los recursos económicos del Estado y la dificultad de que entregue a cada candidato una suma suficiente para llevar adelante su campaña sin necesidad de recurrir a fuentes externas de financiamiento. Ello solo parece posible en el marco de un Estado rico y un sistema bipartidista. Si alguno de estos presupuestos no se configura, puede ocurrir que ninguno de los candidatos cuente con los medios necesarios para comunicar eficazmente su mensaje, en cuyo caso los votantes se encontrarían en peores condiciones de tomar una decisión informada.

También puede cuestionarse la efectividad de esta modalidad como medida de anticorrupción. Atento a lo fundamental que resulta el dinero en el resultado de una elección, es de esperar que este tipo de sistema genere más incentivos para recaudar dinero privado en secreto que para dejar de hacerlo por completo. Los mecanismos que se generan ante la prohibición de una conducta aceptada socialmente y largamente establecida tienden a su ocultamiento y no a su erradicación.¹⁰

Asimismo, podría sostenerse que la prohibición de financiamiento privado favorece a los candidatos que ya ocupan un cargo electivo y buscan la reelección frente a los que compiten con ellos por esos escaños, pues cuentan con mecanismos de financiamiento público “encubierto”, que les otorgan enormes ventajas. Veamos un ejemplo del Poder Ejecutivo y otro del Poder Legislativo.

En la Argentina, el partido que detenta el Poder Ejecutivo controla la publicidad oficial de gestión, que se encuentra laxamente regulada en una serie de normas dispersas y asistemáticas.¹¹ Esto implica miles de minutos

10. Con respecto al fenómeno social del “desplazamiento de la corrupción”, ver ROSE-ACKERMAN, *La corrupción y los gobiernos: causas...*, pp. 53-57.

11. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 357/02, Decreto 1344/07 reglamentario de la Ley 24.156, Decreto 984/09, Decreto 151/15, Decreto 725/16. República Argentina, Código

en medios de comunicación que pueden ser usados como una poderosa arma proselitista, con dos ventajas adicionales: solo dispone de ella el partido gobernante, y es también financiada por los contribuyentes. Además, está excluida del régimen que circunscribe la publicidad electoral al término de duración de la campaña. Así, el partido gobernante puede hacer proselitismo (vía publicidad oficial o en el marco de la campaña propiamente dicha) en cualquier momento y con dinero presupuestado especialmente a esos fines, mientras que los candidatos opositores deben limitarse a hacerlo con dinero recaudado por ellos mismos, o con dinero público en la oportunidad y en las formas prescritas por el Código Electoral.¹²

Por su parte, los legisladores nacionales cuentan con un elevado salario que les permite solventar sus necesidades básicas y, al mismo tiempo, llevar adelante una campaña. Los viáticos asignados les permiten recorrer la provincia a la que representan, así como viajar a la Capital cuando lo consideren necesario. El reglamento de las Cámaras no castiga las inasistencias, lo cual les permite ausentarse por largo tiempo y dedicarse a la campaña. Por último, cuentan con cuerpos permanentes de asesores a su disposición. Y todo ello costado por los contribuyentes; a diferencia de su contraparte, que deberá sufragar esos gastos ella misma.

De lo expuesto no se sigue que esta desventaja sea exclusiva de un sistema de financiamiento íntegramente estatal. Sin embargo, el efecto que tiene en este tipo de sistema es mayor: los candidatos que apuntan a ocupar el lugar detentado por los funcionarios que buscan su reelección no pueden ser financiados por agentes externos a fines de "compensar" las ventajas comparativas que el sistema ofrece a sus rivales.¹³

En conclusión, dos intereses nos alejan del financiamiento íntegramente privado: la igualdad, por vedar la participación política a personas que no cuentan con grandes fortunas y la anticorrupción, en función del fenómeno conocido como la "primaria de la riqueza". En tanto, si bien un sistema de financiamiento totalmente público rompe con el primero de estos problemas, no está claro que la influencia del dinero privado en las

Electoral Nacional.

12. República Argentina, Código Electoral Nacional, Art. 64 bis, ter y quater, introducidos por la ley 27.337.

13. Sobre las ventajas que brindan los límites al financiamiento privado a los políticos que buscan su reelección por sobre sus competidores, ver ACKERMAN, *Crediting the Voters: A New Beginning...*

políticas públicas se reduzca sustancialmente. Además, dada la finitud de los recursos estatales, y salvo en condiciones excepcionales, el financiamiento no es suficiente para todos, peligrando así el alcance y efectividad del discurso de los partidos. Adicionalmente, un sistema de financiamiento público otorga enormes ventajas a los políticos que buscan su reelección frente a quienes compiten con ellos electoralmente por sus cargos. Sobre la base de ello, no resulta sorprendente que en el derecho comparado exista un franco predominio de los sistemas mixtos de financiamiento.

Analizada la dinámica del dinero público en las campañas electorales, el próximo punto abordará algunas cuestiones relativas al comportamiento del dinero privado dentro de un sistema de financiamiento mixto.

III. LÍMITES Y RESTRICCIONES AL DINERO PRIVADO

En relación con el financiamiento privado de campañas electorales, y a los fines de evitar dinámicas de intercambio de favores entre financistas y beneficiarios de dicho financiamiento, los países establecen topes en el monto de dinero que los sujetos pueden aportar y limitaciones en cuanto a quienes pueden hacerlo.

Los dos montos máximos generalmente estipulados en las legislaciones locales son (i) los límites a contribuciones o donaciones y (ii) los límites a gastos electorales de campaña.

Entendemos por contribución o donación al pago, en dinero o en especie, que una persona o grupo de personas hace a una campaña política. Este límite tiene por objeto la reducción de la influencia indebida de privados en la esfera de decisiones propia de la política. Cuando este tipo de restricciones no existe, aumentan las chances de que un candidato reciba grandes cantidades de dinero por parte de la misma persona, quien podría exigirle a cambio la toma de ciertas decisiones políticas que favorezcan a sus intereses, en caso de llegar al poder. Existe acuerdo en torno al rechazo de este tipo de situación, por lo que el establecimiento de límites a contribuciones no despierta mayores objeciones.

Por su parte, es común encontrar topes máximos a gastos electorales de las campañas, es decir, cantidades máximas de dinero que se permite gastar a cada una de ellas en relación con la elección de un candidato. Ello para establecer si existe correlación entre lo gastado por una campaña y los ingresos por ella declarados.

III.A. La discutida naturaleza de los gastos independientes

El derecho argentino establece límites máximos para contribuciones¹⁴ y para gastos totales de campaña.¹⁵ Sin embargo, existe una forma de evadir esos límites con relativa facilidad, que no está prevista en la normativa vigente ni en el proyecto de ley en la materia, que cuenta con media sanción del Senado de la Nación.¹⁶ Consideramos de vital importancia introducir el tema y exhortar al Poder Legislativo a anticiparse a esta práctica, ya extendida en otros países del mundo.

Se trata de los llamados gastos de terceros o *gastos independientes*. Un gasto independiente es toda erogación que una persona o grupo de personas realiza en la comunicación de un mensaje en favor o en contra de la elección de uno o más candidatos, de forma independiente, sin vinculación con o aquiescencia de alguna campaña. Piénsese, por ejemplo, en los afiches que pudiese diseñar, imprimir y colocar un particular, de manera anónima y sin ninguna coordinación con la campaña del candidato de su preferencia.

Su regulación, empero, no está exenta de dificultades. Los límites antes mencionados a las contribuciones y a los gastos totales de campaña son regulaciones de clara naturaleza patrimonial en pos de la consecución de un objetivo estatal importante como lo es evitar la corrupción en la política. El gran problema con los gastos independientes es que su misma naturaleza es objeto de controversia.

Dada su finalidad —la elección de un candidato y/o la derrota de otro—, los gastos independientes tienen un alto contenido expresivo. A diferencia del caso de las contribuciones, en el que el dinero es entregado a la campaña, y es esta la que lo transforma en expresión (u otra cosa) una vez que lo recibe, los gastos independientes permiten a quien los realiza expresarse y comunicar un mensaje sin intermediarios. Es en este sentido

14. En el derecho argentino se define al “financiamiento privado” como “toda contribución en dinero, o estimable en dinero, que una persona física efectúe a una agrupación política, destinado al financiamiento de gastos electorales” (art. 44 bis de la Ley 26.215 de Financiamiento de los Partidos Políticos).

15. Respecto de los límites a los gastos electorales de campaña, ver art. 45 de la Ley 26.215 de Financiamiento de los Partidos Políticos.

16. Ver proyecto de ley N° S-3730/18 de modificación del Régimen de financiamiento de los partidos políticos.

que algunos consideran a estos gastos como inescindibles del mensaje que buscan comunicar, puesto que sin dinero no hay panfletos, afiches o espacios en medios de comunicación. Los gastos independientes, entonces, *son* expresión. Siguiendo esa línea de razonamiento, regular los gastos independientes efectuados por una persona implica ponerle un coto a la *cantidad de expresión* que le es permitida.¹⁷ Esto es especialmente cierto cuando los topes legales son tan bajos que impiden acceder a medios eficaces para comunicar de manera efectiva.

A su vez, existen argumentos para sostener que los límites a gastos independientes, en tanto meras erogaciones de dinero, forman parte del ejercicio del poder de policía estatal en relación con los derechos de propiedad de los ciudadanos. Desde ese punto de vista, las restricciones a gastos resultan completamente razonables. La diferencia entre gastos independientes y contribuciones puede ser vista como artificial. En todo caso, lo que esa distinción permite es burlar tanto los límites legales a contribuciones individuales de campaña (haciéndolos pasar por gastos a título personal) como a gastos totales de campaña (haciéndolos pasar por gastos de terceros, y no del candidato). En cualquier caso, aun si esa distinción tuviera algún sentido, el dinero sigue siendo precisamente eso: dinero. Y sigue estando protegido por el derecho de propiedad, y no amparado por la libertad de expresión. Su naturaleza jurídica no cambia en virtud de lo que se vaya a adquirir con él. Gastar dinero es una conducta, no es expresión. Por lo demás, la existencia de límites a gastos independientes no obsta a que cada persona se exprese, optando por los medios más eficaces que tenga a su alcance dentro de los parámetros permitidos.

De modo que reglamentar la cantidad de dinero que se puede gastar en comunicar un mensaje a favor o en contra de la elección de un candidato no es un avance sobre la libertad de expresión. Se trata, por el contrario, de evitar que se franqueen los límites a los aportes de campaña mediante la distinción —artificial— entre contribuciones y gastos independientes.

17. La cuestión fue analizada en profundidad por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Buckley v. Valeo” (1976), en el que se sostuvo: “una restricción a la cantidad de dinero que una persona o grupo de personas realiza en una comunicación electoral durante la campaña necesariamente reduce la cantidad de expresión al restringir el número de temas discutidos, la profundidad de su exploración y el tamaño de la audiencia a la que alcanza. Esto es así porque prácticamente todo medio de comunicación de ideas en la actual sociedad de masas, requiere la erogación de dinero” [la traducción es propia].

En todo caso, exige de las personas el recurso a medios menos costosos o más eficientes para llegar a la misma cantidad de personas a las que se alcanzaba previamente, aunque con menos fondos.

III.B. Regular la libertad de expresión

Ambas posturas cuentan con argumentos sólidos en su favor y ninguna de ellas es verdadera, en tanto la restante es falsa. Recordemos que ninguna regulación es neutral; la respuesta que se dé a la pregunta de la naturaleza jurídica de los gastos independientes es eminentemente política y tiene un profundo impacto práctico, en tanto modificará el escenario de los intereses en tensión.

Es que regular la libertad de expresión, especialmente en materia política, es una cuestión mucho más sensible que establecer límites al ejercicio del derecho de propiedad. Es precisamente contra el silenciamiento de los ciudadanos por parte del Estado en cuestiones políticas que fue reconocido inicialmente el derecho a la libertad de expresión.¹⁸ Aun así, incluso si consideráramos a los gastos independientes como una forma de expresión, es necesario remarcar que existen situaciones especialísimas en las que este puede ser regulado.

Para saber si existe algún interés de la sociedad que prevalezca y justifique una regulación en una materia tan sensible, es necesario previamente determinar cuál es el rol que se asigna al Estado dentro del proceso político. Si creemos que el Estado debe asumir un rol pasivo y garantizar el "libre mercado de las ideas",¹⁹ entonces debe mantenerse al margen y no regular en la materia, pues no existe un objetivo esencial que justifique regulación alguna.

Si, por el contrario, el proceso político encuentra su funcionamiento ideal cuando el Estado garantiza un debate amplio, robusto y desinhibido,²⁰

18. Para un análisis histórico pormenorizado de la cuestión, ver AMAR, *America's Constitution: A Biography*, pp. 319-321.

19. Concepto acuñado por John Stuart Mill en su famoso libro *On Liberty*, y posteriormente recogido por el juez Oliver W. Holmes en su disidencia en el caso "Abrams v. United States" (1919).

20. El concepto del debate amplio, robusto y desinhibido fue consagrado por el juez norteamericano William Brennan en su famosa opinión en la causa "*New York Times Co. v. Sullivan*", (1964).

entonces cabe preguntarse si estas restricciones amplían el debate o lo clausuran. Como sostiene Owen Fiss, “tal vez las regulaciones en cuestión puedan ser vistas como ampliaciones, más que límites, a la libertad de expresión. Este entendimiento de lo que el Estado busca conseguir transformaría lo que, en un principio podría ser visto como un conflicto entre libertad e igualdad en un conflicto entre libertad y libertad”.²¹ Continúa Fiss: “[...] esta formulación no haría desaparecer todos los desacuerdos, ni eliminaría la necesidad de tomar decisiones difíciles, pero sí ubicaría esas decisiones dentro de una matriz común”.²² Si se considera que estas restricciones en la libertad de algunos redundan en un fortalecimiento del debate democrático, es posible una regulación de los gastos de campaña, aún si los entendemos como verdadera expresión.

Por el contrario, si bien quienes sostienen que el rol del Estado se debe limitar a mantener la neutralidad a los fines de respetar el “libre desenvolvimiento” de las ideas dentro del proceso político aceptan que la ausencia de corrupción es un objetivo estatal lo suficientemente importante, creen que existe, para servir estos importantes objetivos, un medio eficaz y muchísimo menos restrictivo para controlar la corrupción, que no recorta la libertad de los ciudadanos y que trataremos en el punto IV: la publicidad y transparencia.

III.C. El rol de las personas jurídicas

Analizadas las principales implicaciones y dificultades de los aportes y gastos de personas individuales, cabe detenernos en el rol que juegan las personas jurídicas en el financiamiento electoral. Si bien ellas no tienen derechos políticos,²³ sí los ostentan las personas que las integran.

Un punto de vista respetuoso de la libertad de expresión prescribiría, en principio, permitir a las personas jurídicas participar en el financiamiento

21. Fiss, *The Irony of Free Speech*, p. 15.

22. Fiss, *The Irony of Free Speech*, p. 15.

23. Vale recordar, con respecto a la libertad de expresión, que en la Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016 la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó recientemente que las personas jurídicas no son titulares de los Derechos contenidos en la Convención, por lo que no existe un “derecho humano” de estas a expresarse. Asimismo, el Artículo 14 de la Constitución argentina está redactado en términos de “habitantes” y no de personas.

de campaña (tal vez alegando que, al hacerlo, sus integrantes ejercen su derecho de participar en el proceso político agrupados bajo una forma societaria). Mas resultaría un grave menoscabo a todo principio igualitario si consideramos la inquietud que se generaría por las enormes sumas de dinero que pueden inyectar las corporaciones en cualquier campaña, las cuales pueden ser decisivas en una elección reñida y traer aparejados acuerdos opacos alcanzados por estas y el candidato. Es necesario reconocer, sin embargo, que la cuestión admite ciertos grises: cuando hablamos de personas jurídicas no siempre hablamos de multinacionales, e incluso algunas personas físicas tienen, por sí solas, mayor poderío económico que muchas pequeñas empresas.

Retomando el punto inicial, otro argumento decisivo en contra del financiamiento empresario tiene que ver con que las sociedades no son sino una ficción legal que agrupa a individuos, a fines de obtener ganancias. De allí se sigue que permitir que ellas participen en el financiamiento de campaña es, en rigor de verdad, permitir a quienes las conforman hacerlo dos veces: por sí y en nombre de la sociedad. Asimismo, la conveniencia o no de un candidato desde el punto de vista empresario tiene que ver con el impacto que la aplicación de su plataforma política podría tener en su economía, lo cual es perfectamente legítimo. Pero ello puede ir directamente en contra de otros intereses de los que, por su naturaleza, las sociedades carecen y que las personas físicas tienen en mente al votar: el medioambiente, los derechos laborales y de la seguridad social, los derechos de las comunidades indígenas, etc. Y no hay razón para consagrar un sistema que privilegie unas preocupaciones por sobre otras al punto que permita que quienes defienden cierto tipo de intereses puedan brindar más apoyo económico que otros al candidato de su interés, pues eso torcería incluso el rol de absoluta neutralidad en el proceso político que reclaman del Estado aquellos que sostienen que el proceso político es un libre mercado de ideas.

Por eso es que las ONG y otras sociedades sin fines de lucro podrían, desde esta perspectiva, gozar de una regulación algo más laxa. La voz de la sociedad civil, que ellas encarnan, es imprescindible en una sociedad democrática. Por otro lado, podrían ser usadas como un vehículo para sortear restricciones legales. Por ese motivo, aunque sería ilógico silenciar, por ejemplo, a organizaciones protectoras del medioambiente y los derechos humanos en nombre del debate democrático, debería estarles vedado la contribución directa a la campaña de candidatos. Sin embargo, podría concedérseles la potestad de realizar gastos independientes, en una suma

módica, y circunscriptos a su objeto social, pues el papel de las asociaciones de la sociedad civil en el debate público es más simbólico que económico, y existen muchas y variadas, con diferentes áreas de interés.

IV. TRANSPARENCIA

Si hay algo que tienen en común la mayoría de los países con interés en reducir la corrupción electoral es el establecimiento de políticas de transparencia. Desde el punto de vista estrictamente pragmático, los beneficios que la transparencia como política anticorrupción aporta al proceso político son enormes en contraposición con los pequeños sacrificios que exige. Planteado esto en los términos en que hemos desarrollado este trabajo, el consenso político se traduce en que la transparencia electoral es una verdadera victoria democrática. No porque ella implique que cada postura ceda terreno en pos de llegar a un acuerdo, sino porque su implementación lleva a la realización más pura de los ideales de libertad e igualdad.

IV.A. Objetivos generales de las políticas de transparencia

Independientemente de las particularidades de cada elección (nacionales o locales, legislativas o ejecutivas, se trate de un sistema bipartidista o pluripartidista, etc.), los objetivos generales de cualquier política seria de transparencia pueden resumirse en los siguientes: (i) dotar al electorado del mayor nivel de información posible respecto de los candidatos, (ii) facilitar el control estatal con respecto a los límites del financiamiento privado y (iii) aumentar el *accountability* de aquellos que resultan victoriosos.

IV.A.1. Informar al electorado

Si la tensión entre derechos antes planteada resultaba ser un obstáculo para la implementación de regulaciones al financiamiento electoral, ellos encuentran un terreno común de realización en el campo de la transparencia. La problemática de anteponer la libertad o la igualdad desaparece, y ambos valores son llevados a su máxima expresión gracias a una sola herramienta: la información.

Desde una postura respetuosa de las libertades individuales en el proceso electoral, el electorado no solo tiene la libertad de votar al candidato de

su preferencia, sino que está en el interés común procurar que esa libertad se amplíe constantemente. Un ciudadano es capaz de ejercer en plenitud su libertad cuando cuenta con la información suficiente respecto del abanico de opciones disponibles y las características de cada una de ellas, entre las cuales puede tomar una decisión razonada con fundamento exclusivo en la información que logró obtener y analizar. Por contrario, aun teniendo el derecho de escoger libremente entre los candidatos presentados en una determinada elección, la libertad se vuelve ilusoria cuando el electorado no puede discernir entre las opciones presentadas, no logra desentrañar las verdaderas implicancias de escoger a uno u otro candidato, recibe únicamente información sobre uno o algunos pocos candidatos, o peor aún, la recibe teñida o filtrada maliciosamente por quien detenta el canal a través de la cual esta se divulga. El objetivo es claro: una política de transparencia amplía la libertad en el proceso electoral, no la disminuye.

Por otro lado, el ideal igualitario ínsito en toda democracia también se perfecciona cuando el Estado garantiza que todos los votantes partan de la misma base de conocimiento respecto del abanico de opciones. Lograr algún piso mínimo de conocimiento nunca es fácil, pero los esfuerzos estatales por reducir la brecha entre quienes se dedican y viven desde adentro a la política, quienes se desempeñan en oficios y profesiones que giran en torno a ella, quienes tienen un interés esporádico tan solo en los asuntos más trascendentales que marcan a la sociedad, o quienes no cuentan siquiera con los niveles de escolarización obligatorios, comienzan con procurar que la mayor cantidad de cuestiones sobre los candidatos y sus campañas sea de público conocimiento. Los esfuerzos igualitaristas comienzan, por lo tanto, también con políticas de transparencia.

IV.A.2. Facilitar el control estatal a las contribuciones privadas

Por otro lado, conocer la identidad de los aportantes y la cantidad de dinero involucrado no solo resulta en beneficio del electorado. La transparencia en el origen de los fondos es también de interés del Estado en su responsabilidad de velar por el cumplimiento de la regulación adoptada en materia de financiamiento electoral. En la medida en que existan regulaciones que impongan límites a las contribuciones dinerarias electorales realizadas por los ciudadanos, la transparencia resulta una condición *sine qua non* para poder efectuar un control estatal eficaz; el dinero “anónimo” es sencillamente irrastreadable.

En el marco de una contienda electoral en la que no se publique el origen del dinero que financia los *spots*, los actos ante masivas audiencias, los afiches en las calles, y el resto de actividades de campaña, el Estado jamás podrá asegurarse de que las fuentes de ese financiamiento sean legítimas y de que no se haya incurrido en violaciones a los límites impuestos a las contribuciones.

El derecho comparado brinda gran cantidad de ejemplos que confirman la idea de que la acción estatal solo puede prevenir, detectar y sancionar la corrupción electoral si el sistema de financiamiento fuerza la publicidad del dinero involucrado.²⁴

IV.A.3. Aumentar el accountability de los candidatos victoriosos

Incluso si las posiciones político-filosóficas sobre los límites al financiamiento privado no logran ser superadas, incluso si la comunidad jurídica no se pone de acuerdo respecto de la naturaleza que adopta el dinero utilizado en ocasión de una campaña, e incluso también si la sociedad no está dispuesta a ceder aspectos de su libertad o igualdad en la participación política en miras a reducir la corrupción electoral, una política de transparencia y publicidad exitosa parecería ser suficiente para desalentar la indebida injerencia en el proceso político de intereses ajenos a este.

Lograr que los partidos políticos blanqueen la totalidad del origen de los fondos que reciben no solo resultaría, como se expuso más arriba, de gran beneficio para el electorado y para el Estado durante los años electorales. Su utilidad trasciende cualquier elección en particular: la transparencia incrementa considerablemente la rendición de cuentas (o *accountability*) de los candidatos que logren ejercer la función pública, dado que es posible realizar un control permanente de su accionar durante toda su gestión. Entendemos que la rendición de cuentas se perfecciona cuando se puede contrastar la plataforma política que el candidato expuso durante la campaña con el listado de sus aportantes y las medidas concretas que adopte al asumir su cargo. Al identificar con claridad el origen del dinero gracias al cual un candidato logró ocupar un cargo público, podremos advertir con

24. En la Argentina, por ejemplo, entre las contribuciones o donaciones que está prohibido recibir por parte de los partidos políticos se encuentran aquellas hechas de manera anónima. Este impedimento se extiende incluso a las donaciones realizadas con el cargo de no divulgar la identidad del contribuyente o donante. Artículo 15, a) de la ley 26.215.

mayor facilidad si sus medidas terminan respondiendo a los intereses de quienes financiaron su campaña.

IV.B. El anonimato en la participación política

A esta altura parecería estar claro que el principal enemigo de la democracia, al menos en materia electoral, es el secretismo en la participación política. Pero si bien exigir la plena publicidad de la identidad de los contribuyentes recibe generalmente el apoyo casi unánime de todo el espectro político, los pocos reparos que las políticas de transparencia han suscitado merecen ser atendidos. Naturalmente, estas implican un retroceso en materia del derecho a la privacidad.

En la lucha contra la corrupción, uno de los primeros derechos sobre los que se avanza es el de la privacidad. Pero, paradójicamente, el derecho a ejercer algún nivel de participación en una campaña electoral permaneciendo anónimo no resulta contrario al desarrollo de elecciones íntegras y democráticas. Todo lo contrario, garantizar la privacidad de los actores puede llegar a ser vital para alentar y promover el involucramiento político de la mayor cantidad de personas en el proceso electoral. El respeto por el anonimato se transforma, en este caso, en un verdadero valor democrático.

Cuando analizamos la participación de algún actor con suficiente influencia como para torcer el resultado de una elección o moldear los intereses de algún candidato en particular, lo último que se busca es que su accionar escape al control del Estado y/o al conocimiento del electorado. Pero ¿qué ocurre cuando la prohibición de participar anónimamente desalienta a personas individuales de involucrarse activamente en el proceso político? Abordar correctamente este supuesto desde la regulación electoral debería ser un objetivo de todo aquel que valore la participación amplia y libre en este proceso.

Existen argumentos históricos de peso para considerar al anonimato un valor no contradictorio con la democracia. Por el contrario, abundan ejemplos de ideas difundidas anónimamente a los fines de resguardar la identidad del emisor contra la persecución política.

Si en el pasado esa persecución adquiriría la forma de atentados contra la integridad física, en la actualidad la persecución política puede traducirse en amenazas, censura, o el riesgo de la pérdida del empleo, entre otras.²⁵

25. Tal vez el caso paradigmático de un escrito político hecho bajo un seudónimo sea "El

La experiencia extranjera pareciera indicarnos que estos riesgos no son ilusorios. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha tratado esta cuestión en el caso "NAACP v. Alabama" (1958).²⁶ Allí sostuvo que la Primera Enmienda de la Constitución garantiza a una agrupación política el derecho a mantener en secreto la identidad sus miembros, siempre que se haya acreditado que revelarlos podría dar lugar a represalias económicas, pérdida de empleo, amenazas físicas u otras manifestaciones de hostilidad pública.

Incluso nuestra propia legislación electoral, heredera de la Ley Sáenz Peña, consagra el voto secreto, reforzando el principio según el cual la participación política no ha de ser producto de represalias.

Lo expuesto anteriormente nos lleva a preguntarnos si es posible para el Estado disuadir la corrupción electoral siendo, al mismo tiempo, respetuoso del derecho a una participación anónima en el proceso político. Creemos que sí. El interés estatal en adoptar medidas contra la corrupción a través de políticas de transparencia no implica necesariamente avanzar por sobre el derecho a la privacidad en todas sus esferas.

Si bien en términos generales podríamos reconocer la existencia de un valor intrínseco en la participación anónima en la vida política, creemos que el anonimato debe ceder cuando se trata de las manifestaciones a favor de la elección o derrota de un candidato durante la campaña electoral. Como regla general, creemos que las personas deben recibir la mayor protección posible contra represalias basadas en las posiciones políticas que expresan públicamente. Sin embargo, la relevancia del anonimato puede y debe ser confrontada con la particular necesidad de resguardar la integridad y transparencia del proceso electoral.

Cuando está en juego el interés del electorado en tomar la decisión más informada posible, o el interés de toda la comunidad de evitar la influencia indebida de quien tiene al alcance de su bolsillo la capacidad de torcer los resultados de una elección y cooptar para sí al candidato victorioso, el anonimato puede esperar.²⁷

Federalista".

26. United States Supreme Court, "NAACP v. Alabama" (1958). Ver Lowenstein & Hasen & Tokaji, *Election Law: Cases and Materials*, pp. 885-888.

27. En idéntico sentido, ver la opinión en disidencia de Antonin Scalia en "McIntyre v. Ohio Elections Commission" (1995), quien ante la pregunta de si "el derecho al anonimato es un valor tan prominente en nuestro sistema constitucional que incluso la protección

IV.C. La eficacia de la transparencia

La efectividad de una política de transparencia electoral no puede ser juzgada de manera insular con respecto al resto de las regulaciones de financiamiento de campaña.²⁸ La mera existencia de reglas que obliguen a dar publicidad al origen y cuantía de las contribuciones en dinero podrían no resultar suficientes por sí solas para disuadir de la corrupción electoral. Resulta necesario considerarlas conjuntamente con las decisiones tomadas respecto de la naturaleza que le asignamos al dinero y de la valoración hecha sobre los derechos de libertad e igualdad que toda regulación necesariamente limita.

Podríamos, por un lado, ser extremadamente respetuosos del ejercicio de las libertades individuales a lo largo de todo el proceso político y desconocer plenamente la eficacia (y oportunidad) de los límites a la financiación impuestos por la regulación. Si creemos que el dinero que es utilizado exclusivamente como vehículo para expresarse adquiere una entidad asimilable a la mismísima expresión que él facilita, entonces probablemente adoptaremos una postura favorable a la libre utilización de ese dinero con las mismas restricciones y alcances que el Derecho le otorga a la libertad de expresión. Al sostener esta postura reconoceríamos que los límites impuestos a la cantidad y origen de los gastos independientes implican un agravio inaceptable para la democracia. Las políticas de transparencia serían, en ese caso, las únicas medidas regulatorias verdaderamente respetuosas del orden constitucional.

Además, no resulta ilógico suponer que los grandes actores cuya indebida influencia económica tememos, encontrarán alternativas por fuera de la regulación electoral para imponer sus intereses en la agenda de los candidatos. Si esto es cierto, entonces es preferible canalizar esa influencia por mecanismos institucionalizados para mantenerla dentro de la esfera del conocimiento y escrutinio público, antes que ignorar el hecho de que los candidatos están siendo financiados por intereses de sectores cuya

del proceso electoral puede ser dejada de lado”, respondió tajantemente por la negativa, exceptuando aquellos casos en los que la transparencia forzada podría “resultar en amenazas, hostigamiento, o reprimendas de los oficiales del Gobierno o del sector privado” [la traducción es propia].

28. Respecto del “enfoque sistemático”, ver ROSE-ACKERMAN, *La corrupción y los gobiernos: causas...*, p. 55.

identidad desconocemos. El verdadero *accountability* de los funcionarios públicos solo puede ser ejercido si logramos poner sobre la mesa todos los intereses que marcarán sus políticas públicas. Ignorar este hecho implicaría aumentar la corrupción electoral y, en consecuencia, la irresponsabilidad gubernamental.

Por el contrario, si asignamos un estricto carácter de propiedad a los gastos independientes, la política de transparencia electoral adquiere otro sentido. El interés estatal perseguido estaría, entonces, en procurar aumentar la integridad del proceso electoral, manteniendo un debate lo más amplio posible y robusteciendo las voces de quienes ven sus oportunidades de hacerse escuchar disminuidas. Si los gastos son hechos en dinero, y este resulta distorsivo del proceso político, entonces los gastos independientes deberán ser objeto de regulación estatal.

Así, "blanquear" el financiamiento no resultaría útil únicamente a los fines de informar al electorado. La amplia batería de regulaciones que estaríamos dispuestos a implementar sobre el dinero solo podría ser realizada si el Estado tiene pleno conocimiento de la identidad y cantidad de influencia que en cada elección se disputa. No se trata ya de canalizar institucionalmente el financiamiento que deseamos prevenir, sino de, efectivamente, *prevenirlo*. Incluso reconociendo que los grandes actores encontrarán siempre la manera de filtrar su dinero en las contiendas electorales, debemos volver a la premisa de Rose-Ackerman por cuanto el objetivo no podrá ser eliminar completamente la corrupción.²⁹ Las políticas de transparencia y publicidad serían entonces indispensables en la consecución del interés estatal en mantener la integridad del proceso electoral y la amplitud del debate público. La corrupción, antes de ser legalizada, habría de ser disminuida.

V. CONCLUSIÓN

En el presente artículo se propuso reflexionar sobre algunos aspectos específicos de la prevención de la corrupción en materia electoral que, consideramos, requieren un debate de corte ideológico antes de ser reguladas. Otras cuestiones, tales como el correcto balance entre financiamiento pú-

29. ROSE-ACKERMAN, *La corrupción y los gobiernos: causas...*, p. 94.

blico y privado en sistemas mixtos, o la forma en la que debe ser distribuido el dinero que reparte el Estado entre los diferentes candidatos, podrían haber sido objeto de estudio del presente y quedaron afuera por motivos de espacio.

En el punto II se intentó poner en cuestión la noción, bastante extendida, de que un sistema de financiamiento de campaña íntegramente público es más efectivo en el combate contra la corrupción.

Creemos que el punto III señala una carencia preocupante en la legislación argentina y, sobre la base de la experiencia extranjera, anticipar los debates jurídicos y político-ideológicos sobre los que se podría sustentar, en el futuro, el debate acerca de los gastos independientes de campaña. Asimismo, intentamos esbozar mínimamente nuestro parecer acerca del efecto distorsivo que tiene sobre el debate público la participación de personas jurídicas en las campañas electorales.

Finalmente, en el punto IV se intentó mostrar que a pesar del consenso que reúnen las políticas de transparencia a lo ancho del espectro político, estas no pueden ser entendidas aisladamente, sino como un elemento más de un sistema regulatorio, y que tendrán diferente impacto en función de otros componentes de dicho sistema. Por ello, aunque a primera vista parecen constituir la alternativa menos restrictiva de derechos para disuadir la corrupción electoral, su eficacia depende de cuáles sean los objetivos perseguidos por la regulación.

En un momento global en que las relaciones entre dinero y política parecerían ser más estrechas que nunca, la reducción de la corrupción en materia electoral es una *conditio sine qua non* del mejoramiento —o al menos mantenimiento— de la calidad democrática, pues aquella afecta a los tres elementos de la noción de democracia: autogobierno, libertad e igualdad, resquebrajándola desde adentro. Si algo positivo podemos extraer de la situación límite en que se encuentran las democracias actuales, es la toma de conciencia de su precariedad, y el consenso, más o menos instalado, de lo preocupante de esta situación.

Un abordaje regulatorio serio de la cuestión implica reconocer una serie de realidades. En primer lugar, que no es posible eliminar la corrupción. En segundo lugar, que el aproximamiento no debe centrarse en el análisis de los estímulos que esas reglas brindan a los actores, sino más bien en reducir los estímulos existentes que la hacen viable. En tercer lugar, que por más nobles que sean nuestras intenciones, toda regulación conlleva limitaciones en materia de *libertad e igualdad*. Debemos decidir, entonces,

qué derechos y en qué medida estamos dispuestos a ceder, para combatir la corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, *Crediting the Voters: A New Beginning for Campaign Finance*, URL <https://prospect.org/article/crediting-voters-new-beginning-campaign-finance>, consultado 15/04/2019.
- ALEXANDER, Herbert E., “Election Finance” en ROSE, Richard (ed.), *International Encyclopedia of Elections*, CQ Press, 2000, Washington D.C.
- ALCONADA MON, Hugo: “Una campaña cuesta cien millones de dólares”, URL <http://www.laizquierdadiario.com/Alconada-Mon-Una-campana-cuesta-cien-millones-de-dolares>, consultado 20/04/2019.
- AMAR, Akhil Reed, *America’s Constitution: A Biography*, Random House, 2005, New York City.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-22/16, solicitada por la República de Panamá, sobre la titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 26/02/2016.
- FISS, Owen M., *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, 1996, Cambridge.
- HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo Veintiuno Editores, 2012, Buenos Aires.
- LOWENSTEIN, Daniel H. & HASEN, Richard L., & TOKAJI, Daniel P., *Election Law: Cases and Materials*, Carolina Academic Press, 2012, Durham.
- Poder Ejecutivo Nacional, “Administración Pública Nacional”, Decreto 357/02, 21/02/2002.
- , “Administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional”, Decreto 1344/07 reglamentario de la ley 24.156, 4/10/2007.
- , “Propaganda y publicidad”, Decreto 984/09, 27/07/2009.
- , “Administración pública nacional”, Decreto 151/15 modificación Decreto 357/02, 17/12/2015.
- , “Administración pública nacional”, Decreto 725/16 modificación Decreto 357/02, 31/05/2016.

- PRZEWORSKI, Adam, *¿Qué esperar de la democracia? Límites y posibilidades del autogobierno*, Siglo Veintiuno Editores, 2010, Buenos Aires.
- RASKIN, Jamin & BONIFAZ, John, “Equal Protection and the Wealth Primary” en *Yale Law & Policy Review*, Vol. 11, Art 3, 1993, Iss. 2.
- República Argentina, Ley 26.215 de Financiamiento de los Partidos Políticos, 20/12/2006.
- , “Código Electoral Nacional”, Ley 27.337.
- , Proyecto de Ley N° S-3730/18, de Modificación del Régimen de financiamiento de los partidos políticos.
- ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos: Causas, consecuencias y reformas*, Siglo Veintiuno Editores, 1999, Madrid.
- United States Supreme Court, “Buckley v. Valeo”, 30/01/1976, 424 U.S. 1 (1976)
- , “New York Times Co. v. Sullivan”, 9/03/1964, 376 U.S. 254 (1964).
- , “Abrams v. United States”, 10/11/1919, 250 U.S. 616 (1919).
- , “NAACP v. Alabama” 357 U.S. 449, (1958).
- , “McIntyre v. Ohio Elections Commission”, 18/04/1995, 514 U.S. 334 (1995).
- WEAVER, Russel L., *The First Amendment: Cases, Materials and Problems*, Carolina Academic Press, 2017, Durham.

CONTRATO DE CONCESIÓN AEROPORTUARIA EN COLOMBIA: PARADIGMAS DE LA CORRUPCIÓN Y TRANSPARENCIA EN LA EJECUCIÓN DE LA CONCESIÓN DEL AEROPUERTO EL DORADO*

DANIELA MAYORQUÍN**

Resumen: El contrato estatal de concesión aeroportuaria tiene particularidades que exhiben un panorama especial de riesgos de corrupción. Es así como el análisis específico de la ejecución del contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado de Bogotá — Colombia podrá dar una perspectiva, en primer lugar, de los alcances de la desviación del poder y la afectación de la prestación del servicio público de transporte aéreo y, en segundo lugar, de la ineficacia de las acciones dirigidas a la preservación del principio de prevalencia del interés general, pues las dificultades prácticas han impedido que se conviertan en la solución definitiva del fenómeno. De esta manera quedará en evidencia que la gestión de los factores de riesgo de corrupción en la contratación es esencial, porque asegura que se cumplan las finalidades sociales del Estado Colombiano y, en el caso particular, facilita que Colombia asuma de manera transparente y eficiente, la creciente demanda que enfrenta actualmente la operación aérea en el país.

Palabras clave: políticas de transparencia — concesión aeroportuaria — interés general — corrupción — ejecución contractual — monopolio natural

Abstract: The state airport concession contract, has specificities that show a special scenery about the corruption risks. Making a deep and specific analysis of the execution of the concession contract of El Dorado airport will guide us, in the first place, into a clear view of the impacts of power deviation and how it affects the public airfreight service. Secondly, it shows the ineffectiveness of the

* Este trabajo obtuvo el segundo premio en XVI Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” sobre Anticorrupción y transparencia.

** Estudiante de Abogacía (UBA). Agradezco a Pablo Ava, que me animó a que presentara el ensayo; y a mi familia, eternamente agradecida por su apoyo incondicional.

actions dedicated to preserving the prevalence of the public interest principle, caused due to practical difficulties that had prevented them from becoming the definitive solution of the issue. As it can be seen, the risk factors of corruption’s management in the contractual process is imperative because it can ensure compliance with the colombian state social goals, and in this specific case, it allows Colombia to cope with the increasing demand of the aerial operation that the country is facing these days, in a clear and efficient way.

Keywords: transparence policies — airport concession — general interest — corruption — contractual execution — natural monopoly

I. INTRODUCCIÓN

El servicio de transporte aéreo en Colombia es un servicio público en los términos de la Ley 105 de 1993, pues de conformidad con el artículo 365 de la Constitución Política, se trata de una actividad inherente a la finalidad social del Estado. Esta actividad prestacional puede desarrollarse de manera directa o indirecta, aunque en todo caso, el Estado conserva la regulación, control y vigilancia de dichos servicios. Así, para asegurar la satisfacción de necesidades sociales tales como el transporte, un particular puede coadyuvar en la prestación de los servicios públicos.

La actividad aeronáutica no es ajena a este fenómeno e involucra tres aspectos: el espacio aéreo, la explotación de aeronaves y la infraestructura aeronáutica. Es precisamente esta última sobre la cual recae el objeto de los contratos de concesión de aeropuertos.¹

Contrato que, de manera anticipada, se definirá como el contrato estatal que otorga a una persona la prestación de un servicio a cambio de una remuneración o tarifa pactada por las partes y cuya actividad se encuentra vigilada y controlada por la entidad concedente.²

Dado que la prestación de este servicio en cuestión es esencial en el desarrollo económico y social de cualquier país, y además permite la conectividad, integración, e intercambio de bienes y servicios,³ es fundamental el rol que cumple la administración y el concesionario en la correcta

1. BOTERO CUARTAS & FERNÁNDEZ ÁVILA, *Contrato de concesión...*, p. 1.

2. República de Colombia, Ley 80 de 1993, artículo 32.

3. Consejo de Estado, “Concepto 2343 de 2017”.

prestación del servicio. Es allí cuando las buenas prácticas hacen eficiente la prestación del mismo y cuando las políticas de transparencia y anticorrupción toman importancia frente a las diversas posibilidades de desviación del poder durante la ejecución del servicio concesionado.

Plantear la praxis de prestación de un servicio público de esta manera, en los agentes del contrato de concesión, resulta preciso en el marco de los índices de corrupción que rondan la contratación estatal en Colombia. Para empezar, Transparencia Internacional ha establecido una forma de medir comparativamente el índice de percepción de corrupción (IPC) en diferentes países y, como resultado, para el cierre del año 2018, Colombia se ubicó en el puesto 99 de 180 países estudiados por la entidad, y le fue asignado un puntaje de 36 puntos sobre 100 (Siendo el 0 el número donde el IPC es más alto, y 100 el puntaje con el menor IPC).⁴ Conviene analizar dos aspectos de estas cifras: por un lado, Colombia mostró un retroceso en la medición basada en el índice de percepción de corrupción, que se había mantenido en 37 por un tiempo; y segundo, que Colombia en América Latina obtiene el mismo puntaje que Brasil y Perú, y se ubica por debajo del puntaje de países como Chile y Argentina, que tienen un puntaje de 67 y 40 respectivamente.

Es por esta razón que Colombia sigue enfrentando las consecuencias de la corrupción, porque el retroceso o estancamiento en términos de transparencia no ha sido suficiente. Asimismo, como se verá más adelante, estos índices de corrupción mucho tienen que ver con los procesos de contratación que lidera el Estado, y siendo el contrato de concesión aeroportuaria un contrato sometido al régimen de contratación, resulta útil hacer un estudio que resuelva la siguiente pregunta: ¿cuáles son los alcances de la afectación del servicio público de transporte aéreo prestado a través de un concesionario cuando la gestión de riesgos contra la corrupción no es suficiente?

El presente estudio se centra en la ejecución del contrato de concesión con el propósito de visibilizar las deficiencias relacionadas con los factores de corrupción en esta etapa contractual, y su relación con la importancia de la correcta realización del objeto contractual y la evasión de posibles disfunciones que afecten el servicio. Ello, con el fin de reflejar la trascendencia de esto en la operación de un Aeropuerto tan importante como El Dorado en la capital de Colombia, el cual, como centro de movilización de

4. Transparencia por Colombia, “Índice de Percepción de la Corrupción 2018”.

pasajeros y de carga más importante del país, representa cuantitativamente 72.257 de las operaciones aéreas en términos de despegues y aterrizajes de pasajeros y carga, cifra tomada de los primeros 3 meses del año 2019.⁵

En este orden de ideas, el plan de investigación que a continuación se desarrollará partirá del sentido del contrato de concesión de servicios públicos en el ordenamiento colombiano, y en específico del contrato de concesión aeroportuaria. Luego, se abordará los aspectos generales del contrato de concesión del aeropuerto El Dorado, y las relaciones jurídicas derivadas del mismo. A continuación, se analizará el mapa de riesgos de corrupción identificados en el contrato bajo estudio, para luego identificar algunas de las acciones dirigidas a garantizar la transparencia en la ejecución del contrato, y finalmente destacar las herramientas de control y vigilancia del contrato como forma de concretar la prevalencia del interés general en la prestación de servicios aeroportuarios.

II. CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Como punto de partida, es ineludible examinar la definición del contrato bajo estudio. El llamado contrato de concesión, es definido por el Estatuto de Contratación Pública como aquel que se celebra:

“[...] con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.⁶

5. El Dorado, “Estadísticas de pasajeros y operaciones aéreas...”.

6. República de Colombia, Ley 80 de 1993, artículo 32.

De esta definición es importante destacar que el objeto de este contrato es confiar al concesionario la ejecución de un servicio público que en principio está a cargo de una entidad pública. En este sentido, aquí lo que opera es una delegación administrativa, que pone al concesionario en la posición que debería ocupar el Estado a través de una entidad estatal.⁷

Por su parte el Consejo de Estado ha dicho que el fin de este contrato es:

“[...] posibilitar y regular una concreta forma de colaboración de los particulares para con el Estado, en especial con el fin de que estos puedan explotar económicamente un bien o una obra del Estado o un servicio a él asignado [...] mediante la vinculación del patrimonio particular a la consecución de fines de interés general para cuyo propósito los recursos presupuestales del propio Estado resultan escasos o limitados”.⁸

De allí que, a consecuencia de la evolución del servicio público como gestión concesional a cargo de un particular, se conciba dicho contrato como un acto mixto compuesto por una parte típicamente contractual que contiene las cláusulas propias del objeto del contrato y las financieras o de beneficios del contratista, y otra relacionada directamente con el reglamento del servicio.⁹ Este acto mixto es el punto de partida del margen de actuación de cada una de las partes del contrato, y del cual deriva su importancia, pues los vacíos y deficiencias en la elaboración del documento que vincula a las partes, idealmente deben ser saneados antes de la ejecución para evitar afectaciones a la prestación del servicio.

A propósito, el doctrinante Ernesto Matallana indica que existen diversos tipos de concesión de servicios públicos, a saber; la denominada “simple concesión”, la “concesión interesada”, el “concierto concesional”, la “concesión mediante sociedad de economía mixta” y, finalmente, el “contrato de concesión de infraestructura”.¹⁰

Interesa de esta clasificación, el contrato de concesión de infraestructura, que fue desarrollado en el Estatuto del Transporte (Ley 105 de 1993) en el cual se definió el transporte público y fijó las pautas propias de la

7. MATA LLANA CAMACHO, *Manual de contratación de la administración pública*, p. 992.

8. Consejo de Estado, “1994-0071 de 18/03/2010”.

9. MATA LLANA CAMACHO, *Manual de contratación de la administración pública*, p. 992.

10. MATA LLANA CAMACHO, *Manual de contratación de la administración pública*, p. 995.

infraestructura del transporte a cargo de la nación, la cual incluye las carreteras, ríos y canales navegables, puertos públicos fluviales y marítimos, líneas férreas, la infraestructura aeroportuaria, elementos básicos de prestación de servicios de aeronavegación, accesos viales, túneles, puentes y demás accesos a las capitales, departamentos y municipios.¹¹

II.A. Contrato de concesión aeroportuaria

Según la CEPAL, un aeropuerto hoy asociado al concepto de servicio público porque ha sido planteado como un derivado esencial en el sistema económico de un país adquiriendo el carácter de infraestructura básica.¹² Es por esto, que la infraestructura aeroportuaria destinada al transporte público puede ser dada en concesión y, por ende, explotada por un particular en los términos pactados por las partes, y en el margen permitido por el ordenamiento jurídico.

En estos términos, el objeto del contrato de concesión aeroportuaria se deriva de la definición del artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal mencionado. Así, se podría circunscribir dicho objeto a la operación, explotación, administración y conservación de los aeródromos, y de todos los bienes destinados a la prestación del servicio público de transporte aéreo.

En cuanto a los sujetos del contrato, ya se mencionó que compete al Estado a través de una entidad pública, que en este caso será la determinada por el ordenamiento jurídico respectivo para conceder los permisos propios de la infraestructura aeronáutica, y por otro lado, el concedente podrá ser una persona privada, una persona pública o una asociación entre ellas, natural o jurídica.¹³ En cuanto a la vigilancia y control, es preciso recalcar que corresponde siempre al Estado, y bien puede coincidir con la entidad concedente, o puede ser otra entidad destinada por el Estado para ese propósito. En Colombia, según el art 48 de la ley 105 de 1993, corresponde a la aeronáutica civil la reglamentación, control, supervisión y sanción sobre la actividad de los concesionarios.

Un elemento más en el contrato de concesión aeroportuaria es el que tiene que ver con las contraprestaciones reguladas en el contrato. Las partes se obligan mutuamente y como consecuencia, el concesionario obtiene el

11. República de Colombia, Ley 105 de 1993, artículo 12.

12. SÁNCHEZ PAVÓN, “Sistemas aeroportuarios, servicio público e iniciativa privada”.

13. BOTERO CUARTAS & FERNÁNDEZ ÁVILA, *Contrato de concesión...*, p. 53.

derecho al margen de utilidad de los ingresos regulados y no regulados de la actividad aérea, y a su vez el concesionario obtiene una contraprestación.

En lo referente a los ingresos regulados, se obtienen de la aplicación de las tarifas reguladas por la autoridad aeronáutica (tasa aeroportuaria, derechos de pista, derechos de rampa, tarifa de uso de puentes de abordaje, cargo por parqueo de aeronaves, etc.), y entre los ingresos no regulados, son los que se obtienen de la explotación de actividades o servicios diferentes dentro del área concesionada, que puede ofrecer el concesionario directa o indirectamente, de carácter aeronáutico como la asistencia en plataforma a la aeronave, al equipaje, a la carga y a los pasajeros; o no aeronáutico que puede ser comercial o no, como la disposición de áreas para migración, aduanas, o servicios de alimentos o bebidas, parqueadero vehicular, etc.¹⁴

En lo que refiere a la contraprestación, es el monto que obtiene el Estado del concesionario en virtud de los derechos que adquiere como consecuencia de la concesión, en otras palabras, es lo que se le cobra al concesionario por uso de la infraestructura. Y tiene dos elementos, uno fijo y uno variable, que resulta de aplicar un porcentaje al ingreso bruto del concesionario. Todo esto depende de lo pactado por las partes en el contrato de concesión.

En cuanto a las relaciones jurídicas derivadas de este contrato se pueden identificar tres: la del concedente y el concesionario, a quienes los vincula un contrato; la del concesionario y el usuario, que se encuentran reguladas de manera reglamentaria o contractual según se trate de un servicio obligatorio o facultativo respectivamente; la del concesionario con el personal que presta el servicio, que pueden estar reguladas por vínculos de naturaleza privada o laboral.¹⁵

En Colombia, a finales de los años 80 se iniciaron algunas reformas orientadas a promover la participación privada en sectores tales como las comunicaciones y el transporte.¹⁶ Y así, el Estado a través de la Unidad Administrativa especial de Aeronáutica Civil, abrió la posibilidad de permitir la participación privada mediante los contratos de concesión de infraestructura, y ello se reflejó en concesión de aeropuertos como el de Barranquilla, Cartagena y Bogotá.¹⁷ Sin embargo, en la actualidad hay tres

14. BOTERO CUARTAS & FERNÁNDEZ ÁVILA, *Contrato de concesión...*, p. 93.

15. BOTERO CUARTAS & FERNÁNDEZ ÁVILA, *Contrato de concesión...*, p. 54.

16. BOTERO CUARTAS & FERNÁNDEZ ÁVILA, *Contrato de concesión...*, p. 65.

17. BOTERO CUARTAS & FERNÁNDEZ ÁVILA, *Contrato de concesión...*, p. 71.

modalidades de operación y administración de la infraestructura aeroportuaria: la primera, administrada por la Aerocivil (entre los cuales hay más de 48 aeródromos); la segunda, administrada por los municipios; y la tercera, administrada por concesionarios.¹⁸

II.B. Contrato de concesión del aeropuerto internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.

El proyecto de participación privada fue aprobado en el año 2005 por la Aerocivil, y seguidamente se ordenó la apertura de la licitación pública 5000091 OL para la celebración del contrato de concesión con el fin de que el adjudicatario realice, por su cuenta y riesgo, entre otras cosas, la administración, modernización, y expansión, operación, explotación comercial y mantenimiento del área concesionada del Aeropuerto El Dorado bajo el control y vigilancia de la Aeronáutica civil. Cumplidos los requisitos de la Ley 80 de 1993 y la Ley 105 de 1993, se adjudica mediante resolución No. 3500 del 28 de agosto de 2006 a la Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional S.A. (OPAÍN. S.A.).¹⁹

En principio, este contrato fue celebrado entre la aeronáutica civil y la sociedad OPAÍN S.A., pero como consecuencia de la expedición de los Decretos 4164 y 4165 de 2011, se hace necesario trasladar a la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), el sistema de otorgamiento de concesiones aeroportuarias. Lo que involucró este contrato también, y por ende la ANI adquiere facultades relativas a la delimitación de condiciones y características de la administración, construcción y mantenimiento del aeropuerto, que hasta la fecha eran determinados por la Aerocivil, y a esta se le dejó la vigilancia y control de la operación aeroportuaria, mediante estrategias, políticas y procedimientos sobre transporte aéreo.²⁰

El plazo estimado de ejecución del contrato es 20 años, y para la terminación del mismo, se ha pactado en la cláusula 72 del contrato la reversión de los bienes afectos al contrato de concesión entre la Aerocivil y la OPAÍN.

En general, el contrato contiene unas obligaciones generales, y otras específicas en términos de administración, operación, mantenimiento, moderniza-

18. Aeronáutica Civil, “Aeropuertos Aerocivil”.

19. República de Colombia, Contrato No. 6000169.

20. Superintendencia de Industria y Comercio, “Aeropuertos de Colombia (2010–2012)”.

ción, y seguridad del aeropuerto. También, establece la distribución de riesgos, y los aspectos relativos a la compensación tarifaria y a la contraprestación.

Sobre este contrato es preciso mencionar, que la concesión tiene un elemento importante, que no solo tiene que ver con la prestación de servicios aeronáuticos, sino que también refiere a la modernización de la infraestructura, lo cual involucra la participación del concesionario mediante la planeación, construcción y entrega de obras dentro del aeropuerto, siendo esta una de las modalidades del contrato de concesión. Pese a ello, interesa para los fines de este estudio la ejecución del contrato mediante la prestación de servicios aeroportuarios.

El contrato también contiene ciertas cláusulas excepcionales contempladas en capítulo IX, entre las cuales se incluye la cláusula de caducidad (cláusula 68) en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones del concesionario que lleve a la paralización de la ejecución del contrato. Incluye igualmente cláusulas de terminación, modificación, e interpretación unilateral (cláusulas 69,70 y 71), y una cláusula de toma de posesión por parte de los prestamistas (cláusula 73).

III. LA CORRUPCIÓN EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL: UNA PERSPECTIVA DESDE EL CONTRATO DE CONCESIÓN AEROPORTUARIA

La corrupción ha sido definida de diferentes formas. Sin embargo, en la Estrategia Nacional de Política Pública Integral Anticorrupción se define como un fenómeno cíclico que consiste en “el uso del poder para desviar la gestión de lo público hacia el beneficio privado”.²¹ Esta definición ha sido elegida para el presente estudio, porque al considerar en ella la “gestión de lo público”, reitera que la actividad estatal no solo corresponde a Estado porque, como ya se expuso, es posible que el Estado realice dicha gestión de forma indirecta a través de otros sujetos, y es allí cuando el componente de la corrupción no tiene solo origen solo en agentes del estado sino también pueden verse involucrados otros, como en este caso los concesionarios de un aeropuerto que coadyuvan en la gestión de la prestación de un servicio público.

21. Departamento Nacional de Planeación, “Documento CONPES del 9 de diciembre de 2013”.

La importancia del compromiso de todo país contra la corrupción es vital en la correcta gestión de recursos públicos y la prevalencia del interés en el cumplimiento de los propósitos de todo Estado. En Colombia la finalidad social que persigue el Estado lleva a proteger la faceta prestacional que está llamada a cumplir conforme al artículo primero de la Constitución Política.

Según la medición del índice de percepción de corrupción aplicable para Colombia que hace Transparencia Internacional, resulta evidente que es un fenómeno que se encuentra inmerso en la cotidianidad de nuestro país. Es ahora pertinente ver en qué medida esos índices de corrupción se relacionan con la contratación estatal. En un estudio adelantado entre el año 2014 y 2017 por el Observatorio de Transparencia y Anticorrupción de la Secretaría de Transparencia, se evidenció que de las denuncias relacionadas con corrupción, el 59.6% estaban relacionadas con procesos de contratación, lo que denota en especial el interés social en denunciar el fenómeno y luchar contra el mismo, pues estos representan el 58.3% de los denunciadores ante la Secretaría. De la cifra de denuncias relacionadas con corrupción en la contratación estatal, hay un cambio desde el año 2015, que empieza a hacer más visible la desviación de poder en la etapa precontractual, que en la etapa contractual. Ello parece que se debe a la implementación del Decreto 1082 de 2015, que se centra más en la regulación de las etapas de planeación del contrato, y refleja cada vez menos interés en la etapa de ejecución del contrato.²²

Los compromisos de Colombia en la materia al igual que muchos otros países latinoamericanos resultan relevantes. Ejemplo de ello es que ha suscrito la Convención interamericana contra la corrupción de 1996 y la convención de las naciones unidas contra la corrupción en 2003, ambas referidas a contratos públicos.²³ Por eso, el sistema de contratación pública debe ser un sistema fortalecido en estrategias que eviten la corrupción, en este sentido Germán Lozano Villegas ha explicado los objetivos de este sistema deben partir de: el desarrollo humano (finalidades del Estado social de derecho), la eficiencia (actividad administrativa), y la transparencia (como herramienta contra la corrupción). Estas, según él, no pueden verse de manera aislada, porque corresponde a tres actores hacerlas funcionar: al

22. Observatorio de Transparencia y Anticorrupción, "Análisis de las denuncias por...".

23. BENAVIDES & MORENO CRUZ, *La contratación pública en América Latina*, p. 279.

Estado, los contratistas y a los ciudadanos.²⁴

Pese a que la corrupción tiene componentes que se hacen evidentes en el plano público, hay también factores de corrupción que alcanzan la actividad de los que actúan como particulares. Esta ha sido una preocupación que hace algunos años tenía el país, pues los actos de corrupción de las personas naturales o jurídicas del sector privado no se encontraban tipificados por el ordenamiento jurídico, como sí sucede con los tipos de concusión, cohecho y prevaricato, entre otros, aplicables a sujetos activos cualificados como los servidores públicos. Por ello, con la Ley 1474 de 2011 (Estatuto anticorrupción) se crean nuevos tipos penales que sancionan los actos fraudulentos con origen en una sociedad, asociación o fundación, entre los cuales se destaca, el delito de “corrupción privada”, “administración desleal”, “tráfico de influencias de un particular” entre otros.²⁵

Expuesto de esta manera, el contrato de concesión aeroportuaria tiene particularidades que lo hace vulnerable a los dos tipos de corrupción, la pública y la privada, dada las relaciones jurídicas derivadas de este. A continuación, se va a describir el origen de los potenciales riesgos del contrato, para luego analizar algunas de las acciones que en particular para el contrato de concesión del aeropuerto El Dorado se han tomado para combatir la corrupción, para finalmente destacar la importancia del control en el contrato de concesión como herramienta para sancionar y vigilar las prácticas indebidas en la ejecución del contrato.

III.A. Riesgos de corrupción aplicables al contrato de concesión aeroportuaria

Previo al análisis de los riesgos, es preciso identificar algunas de las causas de corrupción privada y pública, porque el fenómeno asociado a la ejecución de este contrato no solo se limita a la corrupción en términos públicos.²⁶

1. La discrecionalidad en las decisiones de los funcionarios públicos y el acaparamiento de poder decisivo en estructuras comerciales.

24. LOZANO VILLEGAS, “La contratación estatal como instrumento...”, pp. 317–318.

25. República de Colombia, Ley 1474 de 2011.

26. MORENO BERTOLETTI, “El fenómeno de la corrupción en...”, p. 11.

2. El monopolio en la prestación de ciertos servicios públicos a cargo del Estado o monopolios comerciales que ponen barreras a la libre competencia.
3. Baja probabilidad de ser descubiertos en términos de debilidad de las pautas de transparencia, y de investigación y sanción de los hechos de corrupción.
4. Bajos salarios de los funcionarios públicos o rentabilidad asociada a la actividad de un agente privado.
5. La naturalización y frecuencia de la corrupción en el contexto social.

De este modo, los riesgos asociados con la corrupción en la ejecución del contrato de concesión aeroportuaria de El Dorado pueden concretarse en causas de corrupción si no se toman las medidas preventivas necesarias para evitarlas. En todo caso, en mi opinión, los riesgos derivan de las posibilidades de desviación del poder que se provienen del uso de infraestructura pública como monopolio natural. Es decir, las relaciones jurídicas derivadas del contrato de concesión aeroportuaria son tan diversas, que el potencial de abuso de la posición dominante del concedente y en especial el concesionario es muy alto.

La razón de que el concesionario tenga utilidades sobre los ingresos regulados o no regulados en el contrato es una de las principales finalidades del contrato, y no se puede dejar pasar por alto que ese interés económico es uno de los principales objetivos perseguidos por OPAÍN S.A. en el contrato de concesión. Algunos de los riesgos que se analizarán son resultantes de las relaciones jurídicas con la aeronáutica civil y con el personal que apoya al concesionario la prestación del servicio.

Partiendo de las relaciones jurídicas entre la aeronáutica civil, y OPAÍN S.A., uno de los riesgos que se puede identificar es la fuerte influencia que tiene la sociedad concesionaria en la aeronáutica y el gobierno.²⁷ Lo que se ha reflejado en la tolerancia con las demoras de entrega de los hitos de modernización del aeropuerto El Dorado. Es claro que el poder que tiene la administración en términos de modificación unilateral se entiende de buena fe, pero es un riesgo que las modificaciones al mismo sean de manera tal que se acomoden a las posibilidades del concesionario

27. Revista Dinero, “La polémica de El Dorado”.

y, mientras tanto, las multas pactadas en el contrato, y causadas por las demoras, son usualmente discutidas en el tribunal de arbitramento. Lo cual significa que el concesionario ni cumple con los plazos, ni cumple con las multas mientras se dirime el conflicto de intereses. Además, la opción de declarar la caducidad sería una posibilidad muy remota, porque frente a esta alternativa hay que ver que la estructura de capital de OPAÍN S.A, se encuentra compuesta en su mayoría por constructores, y que el incentivo se encuentra más en el componente de la modernización del aeropuerto, que como tal en la administración de la concesión.

En cuanto a las relaciones jurídicas entre el concesionario y el personal que presta el servicio, es también amplio el horizonte de posibilidades de abuso de poder concesionario. En correspondencia con los explotadores, como las aerolíneas, es claro que los intereses involucrados en buscar la mejor posición mercado del aeropuerto El Dorado es mayúsculo, y esto presenta riesgos tales como que se usen maniobras fraudulentas para que grandes aerolíneas eviten salir del mercado, o impidan a través del concesionario la entrada de nuevos operadores.

Otro factor de riesgo es el que resulta de los modelos de contratos de arrendamiento comercial de los establecimientos ubicados en El Dorado. Una modalidad de los contratos de arrendamiento es el que se basa en el pago de un canon de monto fijo, y otro, es un contrato que contempla un porcentaje de las ventas del establecimiento, cuya modalidad llama la atención, pues hay un conflicto de intereses en lo relativo al establecimiento de precios de los productos, que genera un riesgo por parte del concesionario de tener un interés en abusar de los consumidores, pues conoce y administra la competencia comercial en el aeropuerto. En una entrevista al gerente comercial del concesionario OPAÍN, se advierte que el precio de los productos es significativamente caro, lo cual parece responder a que el precio de los arrendamientos en El Dorado son elevados dependiendo del piso y la ubicación del local.²⁸ Sin embargo, estas razones de los precios elevados tienen un componente que no puede pasar inadvertido, y es que OPAÍN S.A. administra un monopolio que le permite poner a su favor el canon de arrendamiento que mejor le convenga, pues ante esa posibilidad el arrendatario tiene la posibilidad de tomar la opción que le ofrezca el concesionario o puede también no participar en el mercado comercial del aeropuerto.

28. Blu Radio, "¿Por qué una botella de agua...".

Asimismo, dado que al concesionario le corresponde prestar el servicio de abastecimiento de combustible, los cargos por dicho servicio también pueden ser objeto de riesgo en términos de corrupción, pues según la Asociación de Transporte Aéreo en Colombia (ATAC), el concesionario OPAÍN S.A. ha advertido que los aumentos en los cargos asociados al combustible corresponden al propósito de implementar una red de hidrantes para abastecer las aeronaves. Sin embargo, queda una pregunta y es: ¿qué propósito real tiene este sobrecargo?, pues el anuncio de aumentar el cargo hasta en un 83%²⁹ desborda la capacidad de los explotadores que deben pagar estos precios, y el margen de operación cubriendo dichos costos afecta su estabilidad en el mercado, en especial si se trata de un operador pequeño. Otro cobro injustificado de la OPAÍN, es el que refiere al servicio de energía mientras se hace el alistamiento del avión, cuya tarifa por hora es de 35 dólares por aeronave,³⁰ en lugar de cobrar por kilovatios consumidos, situación que sin duda pone un margen de utilidad mayor a favor de OPAÍN SA.

Podrían analizarse muchas otras relaciones del concesionario en la ejecución del contrato, pero el mapa de riesgos que se presenta en una u otra situación es el mismo, OPAÍN S.A. y la Aeronáutica civil potencialmente puede ser agente de corrupción, motivado por intereses propios o de otros, es por ello que la gestión de estos riesgos resulta fundamental en la ejecución del contrato de concesión.

III.B. Acciones que garantizan la transparencia y la gestión de riesgos

En lo relativo a las alternativas preventivas y correctivas contra la corrupción y preservación de la transparencia en la ejecución de los contratos estatales de concesión de servicios como el estudiado es importante analizar dos perspectivas: uno planteado desde las políticas institucionales, y otro desde las herramientas contractuales de transparencia y anticorrupción aplicables al caso.

En primer lugar, las acciones contra la corrupción parten de las políticas colombianas de transparencia o son también llamadas políticas de administración de riesgos de corrupción. Dichas políticas nacen del Plan

29. El Tiempo, “Alerta en aerolíneas por escalada...”.

30. El Tiempo, “Alerta en aerolíneas por escalada...”.

Nacional de Desarrollo que presenta cada uno de los gobiernos de turno, lo cual ha significado avances característicos en el tema en la creación de entidades y normas que protegen la moralidad y el interés general.³¹ Hay disposiciones normativas que resultan relevantes en este contexto: la Ley 1474 de 2011 (Estatuto anticorrupción), la Ley 1712 de 2014 (Ley de transparencia y del derecho a la información pública nacional), la Ley 1757 de 2015 (Sobre participación democrática) y el documento CONPES sobre la Estrategia Nacional de la Política Pública integral Anticorrupción elaborado en el año 2013, entre otras.

En materia de contratación estatal es vital tener en cuenta el principio de transparencia, que se desarrolla en las leyes acabadas de mencionar. Estas defienden la posibilidad de visibilizar la contratación pública a través de un sistema de información accesible a todos. Y sin duda en este caso subyace dicho principio como medio de la lucha contra la corrupción.³²

El contrato de concesión aeroportuaria de El Dorado no es la excepción a la aplicación de estas pautas. Al respecto, las políticas de transparencia que conviene analizar son las que ha establecido la Aeronáutica y el OPAÍN S.A., para la gestión de amenazas de corrupción en el cumplimiento de sus obligaciones. La aeronáutica, por su parte, cada año hace un plan anticorrupción y de atención al ciudadano, y cada cuatro años elabora un plan estratégico institucional. OPAÍN S.A., por ser una sociedad comercial, tiene una política de gestión de riesgo de fraudes, sobornos, y corrupción, como también un código de buen gobierno.

Estos modelos de gestión de riesgo a partir de las políticas institucionales y corporativas son útiles en la medida que cumplen un papel de lucha directa contra la corrupción. Como se evidencia, no solo basta con una política preventiva anticorrupción, o de gestión de riesgos, sino que la adecuada articulación de estos propósitos con los planes de operación de cada una de las entidades, completan el panorama de transparencia realizable.

En cuanto a las condiciones establecidas en el contrato firmado por las partes contra la corrupción no hay mucho que señalar, porque el cumplimiento de las obligaciones por cada uno de los contratantes en los términos

31. Departamento Administrativo de la Presidencia, “Sistematización del proceso de construcción...”, pp. 31–32.

32. HERREÑO ANGULO, “Importancia de la transparencia en...”, p. 139.

pactados es lo que asegura que las partes actúen correctamente, y que se eviten los riesgos de corrupción asociados con la ejecución del mismo. A pesar de esto, es relevante que en algunas de las cláusulas del contrato se aluda a la entrega de informes, y al manejo debido de la información. Esta es la estrategia que finalmente ayuda a concretar el principio de transparencia aplicable a este contrato. En algunos contratos, la ANI ha resuelto incluir pactos de probidad o también llamados pactos de transparencia, y se destaca que en el año 2017 se hizo uno, pero únicamente referido a la interventoría del contrato de concesión de El Dorado.³³

Asimismo, la administración durante la ejecución de un contrato estatal puede hacer uso de poderes unilaterales, como garantía de una eficiente y continua prestación de servicios públicos a cargo del Estado, y asegurar la correcta aplicación de los principios de la función administrativa. Esto es esencial en los contratos de concesión, al cual se le aplican las reglas consagradas en el artículo 14 del Estatuto General de Contratación.³⁴

III.C. Control

La clave de las herramientas del control para mitigar y prevenir la corrupción en el contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado debe partir de la aplicación de los principios de la contratación estatal y la función administrativa. Y, en apoyo a la posición del doctrinante Jaime Orlando Santofimio, el principio más importante es el de la prevalencia del interés general que se vincula directamente con las finalidades estatales.³⁵ Finalmente, este principio excluye cualquier tipo de desviación del poder que se enmarque en la definición de corrupción, y logra que las etapas contractuales, y en especial la ejecución del contrato, cumplan con parámetros de transparencia que permitan alcanzar la prevalencia del interés general.

Ahora bien, con este principio en el panorama, es preciso distinguir los controles que circundan el contrato de concesión bajo estudio. Son tres los controles directos que se enunciarán: el control técnico a cargo de las interventorías; el control jurisdiccional que, en contratos como este, suelen derivar en mecanismos alternativos de solución de conflictos; y el control

33. Agencia Nacional de Infraestructura, “Anexo 1. Pacto de transparencia”, pp. 1–3.

34. República de Colombia, Ley 80 de 1993, Art 14.

35. SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo*, p. 365.

institucional a cargo de las diferentes entidades que vigilan la ejecución del contrato.³⁶

El control técnico del contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado se encuentra dispuesto en la cláusula 77, en la cual se dice que la supervisión y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario se haría mediante una auditoría externa. Esta fue adjudicada a la sociedad JAHV McGregor, la supervisión financiera, contable, tributaria y administrativa, la interventoría de obras fue adjudicada a la sociedad JFA-A&C y la operativa, ambiental y de mantenimiento al Consorcio operador aeroportuario. Los compromisos asumidos por el interventor con las partes del contrato han sido objeto de múltiples modificaciones, como consecuencia de las obras voluntarias asociadas con la ampliación de los muelles norte y sur, y de las obras complementarias establecidas en adendas hechas al contrato de concesión en el año 2015 y 2016.³⁷ La importancia de este control técnico es que hace una vigilancia especializada a la ejecución del contrato, lo cual de primera mano puede dar resultados que permitan evaluar y corregir deficiencias en el cumplimiento de las obligaciones propias del contrato. Actualmente, los interventores del contrato rinden cuentas a la Agencia Nacional de Infraestructura, y en el último informe de auditoría del proyecto aeroportuario de El Dorado del año 2018 de la entidad da cuenta se realizaron hallazgos de la interventoría relacionados la entrega tardía de proyectos, se encontró que no hay un programa de reposición de bienes, organizado mediante un inventario válido, se advirtió que la calidad del servicio no se puede medir mediante encuestas de satisfacción, porque se requiere también medir cuantitativamente la operación del aeropuerto en los términos de la Asociación Internacional de transporte aéreo (IATA). Igualmente, se advierte que corresponde al concesionario lograr que Avianca entregue el área del hangar N°2, so pena de responsabilidad de este.³⁸

El control jurisdiccional de los contratos de concesión corresponde al Consejo de Estado, en virtud del artículo 104 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Sin embargo, el

36. El tipo de control que ejercen instituciones internacionales especializadas en el tema no va a ser analizado en este espacio. Pese a que cumplen un papel fundamental, se escapan del objeto de estudio del contrato bajo análisis.

37. Agencia Nacional de Infraestructura, Otrosí No. 2 Al contrato No. 7000357 OH, p. 8.

38. Agencia Nacional de Infraestructura, "Informe de auditoría...", p. 28-36.

contrato de concesión de El Dorado en la cláusula 65 y 66 respectivamente, establece dos mecanismos alternativos de solución de conflictos: i) la amigable composición para dirimir cualquier diferencia relacionada con la ejecución del contrato, asociada con aspectos técnicos de ingeniería u operación, o con aspectos financieros y/o contables; y ii) Un tribunal de arbitramento, para dirimir cualquier asunto que surja con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación del contrato.³⁹ Ejemplo de esto es que mediante laudo arbitral del 11 de junio de 2018, se negó la modificación de la cláusula 24 del contrato de concesión aeroportuaria, la cual, a juicio del concesionario, era abusiva por imponer a su cargo una tasa del 4% de los ingresos regulados y no regulados a favor de la agencia Nacional de infraestructura por las demoras en la ejecución de las obras de modernización y expansión del aeropuerto.⁴⁰

El control institucional del contrato de concesión es particular. A diferencia de otros países, Colombia tiene un órgano rector de la contratación pública, la Agencia Colombia Compra Eficiente, pero esta carece de competencias relacionadas con el control y seguimiento de los contratos estatales, y tiene funciones dirigidas a las formulación de políticas públicas de contratación.⁴¹ Es así como el control lo tienen dos órganos principales: dentro del control financiero o fiscal de la gestión pública, se encuentra la Contraloría General de la Nación, que a través de la Contraloría Delegada para el Sector de Infraestructura Física ha intervenido mediante auditorías, no solo a aeronáutica civil, sino al concesionario y al mismo interventor del contrato a propósito de una falla que ocasionó la inundación en las instalaciones del aeropuerto.⁴² Asimismo, la Procuraduría General de la Nación, como garante de las responsabilidades disciplinarias involucradas en los contratos estatales, también ha intervenido en el control de la prestación de servicios aeroportuarios, como en el año 2016 cuando decidió abrir una investigación por presunto sabotaje, cuando se interrumpieron las operaciones del aeropuerto durante 25 minutos.⁴³ De la misma manera, la Procuraduría en el año 2014, formuló pliego de cargos al ex director de la

39. República de Colombia, “Contrato No. 6000169 OK...”.

40. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, “Tribunal de arbitraje...”, p. 83.

41. BENAVIDES & MORENO CRUZ, *La contratación pública en América Latina*, p. 312.

42. El Herald, “Contraloría anuncia auditoria...”.

43. El Espectador, “Procuraduría abrió investigación al aeropuerto...”.

aeronáutica civil por irregularidades en la contratación de una interventoría operativa, ambiental y de mantenimiento para el aeropuerto El Dorado.⁴⁴ Es de destacar, que la Corte Constitucional precisó que la responsabilidad disciplinaria se restringe solo a quienes cumplen funciones públicas, lo cual indica que los únicos contratistas que están en esta situación son los interventores, quienes realizan un control técnico sobre la ejecución de los contratos.⁴⁵

Otro elemento de control institucional esencial para este contrato, pero que tiene una función más especializada en lo relativo al servicio aeroportuario, es el que hace la AEROCIVIL, entidad regulada por el decreto 260 de 2004, en el cual se le instaure como la autoridad en materia aeronáutica en todo el territorio nacional, y como función tiene vigilar, evaluar y controlar el funcionamiento de los aeropuertos propios, concesionados, descentralizados o privados para garantizar una operación ágil y segura. Ello permite un control cercano a la ejecución del contrato que tiende más a proteger el servicio como tal que comprende el contrato de concesión aeroportuaria del aeropuerto El Dorado. Muchas son las funciones que desempeña, pero en materia de transparencia cumple una función importante, pues tiene una potestad sancionadora que se orienta por los reglamentos aeronáuticos de Colombia (RAC). Dichas potestades, en lo relativo a las fallas imputables al concesionario, pueden permitirle imponer multas por demoras de más de 24 horas desde la llegada del vuelo en la entrega del equipaje a los pasajeros, si no actualiza oportunamente la información de la identificación de las zonas de embarque, si se realiza un embarque no autorizado de alguna persona o sin contar con el respectivo pasabordo, si llegare a permitir la vulneración de los filtros de seguridad en las zonas de acceso restringido, si por acción u omisión permite la suspensión del suministro de energía eléctrica necesaria para la correcta operación del aeródromo, cuando sus empleados incumplan el programa nacional de control de calidad de la seguridad de la aviación civil, si directamente, o a través de sus dependientes o contratistas, no exhiba o aporte los documentos o información requerida, o que no preste la colaboración solicitada por cualquier funcionario de la UAEAC en el ejercicio de sus funciones.⁴⁶ Un ejemplo del control que puede llegar a ejercer es la

44. Procuraduría General de la Nación, “Procuraduría general de la nación...”.

45. Corte Constitucional de la República de Colombia, “Sentencia C-037”.

46. Aeronáutica Civil, “Reglamentos aeronáuticos de Colombia: RAC 13...”, pp 16-20.

posibilidad de iniciar investigaciones al concesionario con miras a imponer multas por una mala gestión en la manipulación de los equipajes de los pasajeros, como sucedió en el 2017.⁴⁷

Un control que cabe señalar pero que por su poca trascendencia no fue analizado como los controles ya mencionados, es el que ejercen las organizaciones gremiales. Este tiene un carácter difuso, porque su seguimiento a la actividad del concesionario no es tan específico, pero en cierta medida la presión que estos hacen podría llegar a ser determinante en ocasiones. A manera de ejemplo se mencionarán dos grupos que corresponden a este tipo de control. El primero es el de la agremiación de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (ACDAC), que advirtió en su momento que las fallas ocurridas en Diciembre de 2016 en los equipos corresponden a un sabotaje interno, pues no se puso el interés debido en el tema, que “se está haciendo algo mal allá adentro”.⁴⁸ El segundo, es la presión de los grupos de consumidores de los establecimientos comerciales del aeropuerto, que son los que finalmente asumen los sobrecostos de la mala administración del aeropuerto El Dorado.

IV. CONCLUSIÓN

La realidad de la ejecución del contrato de concesión del aeropuerto internacional El Dorado en lo referente la gestión de riesgos contra la corrupción plantea muchas dudas sobre las asimetrías de poder que involucra. En especial cuando el acaparamiento del poder decisivo de la OPAÍN S.A., determina varias de las condiciones del monopolio estatal que maneja.

Si bien es cierto que una mala gestión, a consecuencia de la incapacidad o imposibilidad de hacer las cosas bien, no encaja prima facie en el concepto de corrupción, es de notar que su habitualidad genera un detrimento económico y funcional, y puede implicar una proyección tal que afecte el sistema político —público de un país, incluso mayor que otros delitos contra la administración pública desde el punto de vista político— criminal.⁴⁹

47. La F.M., “La Aerocivil formuló pliego de cargos...”.

48. REPORTUR, “Aeropuerto El Dorado operará con...”.

49. JAREÑO LEAL, *La corrupción en la contratación pública*, p. 155.

En lo que refiere a las buenas prácticas garantistas de la transparencia, se pregunta si las que se han tomado hasta el momento son suficientes, puesto que la posición dominante del concesionario y la actitud omisiva por parte del concesionario permite que la concreción de riesgos sea cada vez más posible. Por ello, las estrategias deben ser articuladas, en cuanto a prevención, control, y sanción, no solo pueden aparecer soluciones que responden al escándalo de turno, mediante tipificación penal, pues esta forma de penalizar la corrupción suele plantear deficiencias técnicas que impiden la aplicación normativa.⁵⁰

Dado el crecimiento de la operación aeronáutica en Colombia, que en el 2018 alcanzó la movilización más alta de toda la historia,⁵¹ es importante señalar que esta tendencia creciente requiere medidas que permitan la prestación óptima de servicios aeronáuticos que protejan el interés de los usuarios y los agentes involucrados. Esto tiene lugar cuando hay una correcta aplicación de los principios de la contratación estatal y de los servicios públicos permitiendo la eficiencia en la prestación del servicio.

Pero además de ello, la finalidad social que tiene la prestación de los servicios públicos, contemplada en la Constitución Política, le da sentido a la ejecución misma del contrato de concesión, porque en este no caben los abusos de poder que llevan a desviar la gestión de servicios públicos hacia el interés del concesionario.

La vigilancia y control es también importante para determinar responsabilidades en la lucha contra la corrupción, pero es hoy una tarea fragmentada entre instituciones y sanciones débiles que muchas veces no llegan serlo por deficiencias en la labor investigativa. En especial mucho se ha cuestionado a la Aeronáutica civil como ente regulador y sancionador, e incluso el Congreso de la República a través de la comisión Accidental de Seguridad Aérea del Senado ha sostenido que se necesita transformar y reformar el diseño institucional de la entidad.

Finalmente, la prestación de servicios aeroportuarios en Colombia requiere un adecuado estudio de los paradigmas de la corrupción, como instrumento fundamental para promover las relaciones, el entendimiento y la integración entre los países. La seguridad jurídica que deriva de la ejecución del contrato de concesión depende mucho de la gestión de riesgos de

50. JAREÑO LEAL, *La corrupción en la contratación pública*, p. 157.

51. Aeronáutica Civil, “2018 cerró con un alto crecimiento...”.

corrupción, y por ello es importante darle un adecuado manejo a las políticas de transparencia para evitar que se llegue a la necesidad de sancionar, y asimismo afectar el servicio que debería encontrar en condiciones óptimas para los usuarios.

BIBLIOGRAFÍA

- Aeronáutica Civil, Aeropuertos Aerocivil, URL: <http://www.aerocivil.gov.co/aeropuertos> consultado 31/07/2019.
- Aeronáutica Civil, Reglamento aeronáutico de Colombia: RAC 13 “régimen sancionatorio”.
- Aeronáutica Civil, Unidad Administrativa Especial, “2018 cerró con un alto crecimiento de pasajeros movilizados vía aérea”, 17/01/2019, URL <http://www.aerocivil.gov.co/prensa/noticias/Pages/2018-cerró-con-un-alto-crecimiento-de-pasajeros-movilizados-v%C3%ADa-aérea.aspx> consultado 04/08/2019.
- Agencia Nacional de Infraestructura, Anexo 1. Pacto de transparencia, URL <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.425068&isModal=true&asPopUpView=true> consultado 02/08/2019.
- Agencia Nacional de Infraestructura, Informe de auditoría del 1/03/2018– Proyecto aeroportuario, URL https://www.ani.gov.co/sites/default/files/pei_103_auditoria_tecnica_proyecto_aeroportuario_el_dorado.pdf.
- Agencia Nacional de Infraestructura, Otrosí No. 2 Al contrato No. 7000357 OH para la interventoría financiera, contable, tributaria y administrativa para la concesión de la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento, modernización y expansión del aeropuerto Internacional El Dorado, 23/10/2007.
- BENAVIDES, José Luis & MORENO CRUZ, Pablo (eds), *La contratación pública en América latina*: Universidad Externado de Colombia, 2016, Bogotá.
- BOTERO, María Isabel & FERNÁNDEZ, Rodrigo, *Contrato de concesión de aeropuertos en Colombia*, Pontificia Universidad Javeriana, 2002, Bogotá, URL <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS74.pdf> consultado 31/07/2019.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, “Concepto del 12 de diciembre de 2017”, 12/12/2017, Consejero Ponente Oscar Amaya Navas, Rad. No. 2343.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, “Sentencia 994-00071/14390”, 18/03/2010.
- Corporación Transparencia por Colombia, *Índice de Percepción de la Corrupción 2018*, URL <http://transparenciacolombia.org.co/2019/01/29/resultados-ipc-2018/> consultado 04/08/2019.
- Corte Constitucional de la República de Colombia, “C-037”, 28/01/2003.
- Departamento Administrativo de la Presidencia & Secretaría de transparencia & Agencia de Cooperación Internacional de Colombia & Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Sistematización del proceso de construcción de la política pública integral anticorrupción*, 04/2014, Bogotá.
- Departamento Nacional de Planeación & Consejo Nacional de Política Económica y Social, *Documento Conpes. Estrategia Nacional de la Política Pública Integral Anticorrupción*, 9/12/2015. URL <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Social/167.pdf> consultado 04/08/2019.
- Diario El Espectador, “Procuraduría abrió investigación al aeropuerto El Dorado”, 22/12/2016, URL <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/procuraduria-abrio-investigacion-al-aeropuerto-el-dorado-articulo-671614>, consultado 04/08/19.
- Diario El Heraldó, “Contraloría anuncia auditoría al contrato de concesión de el aeropuerto El Dorado por inundación”, 30/11/2016, URL <https://www.elheraldo.co/colombia/en-video-contraloria-anuncia-auditoria-al-contrato-de-concesion-de-el-dorado-por-inundacion> consultado 04/08/2019.
- Diario El Tiempo, “Alerta en aerolíneas por escalada de alzas en servicios de El Dorado”, 7/08/2014, URL <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14353957> consultado 04/08/2019.
- El Dorado, *Estadísticas de pasajeros y operación aéreas trimestre, 2019*, URL <https://eldorado.aero/wp-content/uploads/2019/04/Consolidado-1-Trimestre-de-2019.pdf> consultado 04/08/2019.
- HERREÑO ANGULO, Carol Juliana, Importancia de la transparencia en la contratación pública en la lucha contra la corrupción, en *Revista Global Iure*, 2015, Vol. 3, 11/2015, p. 139, URL <https://www.jdc.edu.co/revistas/index.php/giure/article/view/264/286> consultado en 31/07/2019.
- JAREÑO LEAL, Angeles (dir.), *Corrupción Pública: Cuestiones De Política Criminal (I) La Corrupción En La Contratación Pública*, Iustel, 2014, Madrid.

- LOZANO VILLEGAS, Germán, “La contratación estatal como instrumento contra la corrupción, balance y perspectivas”, en MONTAÑA PLATA, Alberto & RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván, *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, Universidad Externado de Colombia, 2017, Bogotá.
- MATALLANA, Ernesto, *Manual de contratación de la administración pública: reforma de la ley 80 de 1993*, 4ta ed., Universidad Externado de Colombia, 2015, Bogotá.
- Ministerio de Transporte de la República de Colombia, “Concesión para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del aeropuerto internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.”, Contrato No. 6000169, 12/09/2006.
- MORENO BERTOLETTI, Mary Luz, *El fenómeno de la corrupción en el contrato de concesión del Aeropuerto el Dorado*, Universidad Militar Nueva Granada, 2010, Bogotá, p. 11. URL <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/3537/MorenoBertolettiMaryLuz2010.pdf?sequence=2&isAllowed=y> consultado 31/07/19.
- Observatorio de Transparencia y Anticorrupción, *Análisis de las denuncias por casos de corrupción*, URL <http://www.anticorrupcion.gov.co/Paginas/analisis-denuncias-casos-corrupcion.aspx> consultado 31/07/19.
- Portal Blu Radio, “¿Por qué una botella de agua puede costar 12.000 en el Aeropuerto El Dorado?”, 2/01/2019, URL <https://www.bluradio.com/bogota/por-que-una-botella-de-agua-puede-costar-12000-en-el-aeropuerto-el-dorado-201402-ie435> consultado 04/08/2019.
- Portal La FM, *La Aerocivil formuló pliego de cargos a Opain por cambio de maletas con droga en el Dorado*, 7/03/2017, URL <https://www.lafm.com.co/bogota/aerocivil-formulo-pliego-cargos-opain-cambiazomaletas-droga-dorado> consultado 04/08/2019.
- Portal Reportur, “Aeropuerto El Dorado operará con nuevo centro de control: Aerocivil”, 26/12/2016, URL <https://www.reportur.com/colombia/2016/12/26/aeropuerto-eldorado-operara-con-nuevo-centro-de-control-aerocivil/> consultado 04/08/2019.
- Procuraduría General de la Nación, “Procuraduría general de la nación formula pliego de cargos al exdirector de la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil”, Boletín 015, 23/01/2014, URL https://www.procuraduria.gov.co/porta/Procuraduria-General_de_la_Nacion_formula_pliego_de_cargos_a_exdirector_e_de_la_Unidad_Administrativa_Especial_Aeronautica_Civil.news consultado 31/07/2019.

- República de Colombia, Ley 80 de 1993, 28/10/1993, *Diario Oficial No. 41.094*.
- República de Colombia, Ley 1474 de 2011, 12/07/2011, *Diario Oficial No. 48.128*.
- República de Colombia, Ley 105 de 1993, 30/12/1993, *Diario Oficial No. 41.158*.
- Revista Dinero, “La polémica de El Dorado” en *Dinero*, 15/05/2009, URL <https://www.dinero.com/caratula/edicion-impres/ articulo/la-polemica-dorado/78068> consultado 04/08/2019.
- SÁNCHEZ, Bernardo, *Sistemas aeroportuarios, servicio público e iniciativa privada*, URL https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6356/1/S1100093_es.pdf consultado 31/07/2019.
- SANTOFIMIO, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 2003, Bogotá.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura de Protección de la Competencia, *Estudios de Mercado. Aeropuertos de Colombia (2010–2012)*, URL http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/promocion_competencia/Estudios_Economicos/Estudios_Economicos/Estudios_Mercado_Aeropuertos.pdf consultado 31/07/19.
- Tribunal de Arbitraje, “Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional Opain S.A. vs. Agencia Nacional de Infraestructura”, 11/07/2018.

SOFT LAW: ¿EL “CABALLO DE TROYA” DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS?*

DANIELA ROMERO**

Resumen: En el presente trabajo se sostiene que las producciones de los Comités creados por los tratados de derechos humanos, aun siendo consideradas como instrumentos de *soft law* o *derecho blando*, constituyen una fuente de derecho internacional autónoma para la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dichas producciones se emplean para construir estándares internacionales con los que se juzgan posibles violaciones a la Convención Americana por los Estados parte.

Palabras clave: *soft law* — fuentes del derecho internacional — órganos de tratados de derechos humanos — corte interamericana de derechos humanos — relativismo normativo — estándares internacionales

Abstract: In the present paper it is argued that the productions of the Committees created by the human rights treaties, although considered as *soft law* instruments, constitute a source of autonomous international law for the Inter-American Court of Human Rights. These productions are used to build international standards with which possible violations of the American Convention by the States Parties are judged.

Keywords: *soft law* — sources of international law — human rights committees — treaty bodies — normative relativism — international standards

* Recepción del original: 06/03/2019. Aceptación: 11/04/2019.

** Estudiante de Abogacía (UBA). Este trabajo es fruto de investigaciones realizadas durante el primer cuatrimestre de 2018, en el marco del curso “Fuentes del Derecho Internacional” de la Facultad de Derecho (UBA) a cargo de la profesora Natalia Luterstein. Agradezco especialmente el apoyo y guía de Natalia Luterstein y el Programa de Tutorías de la Revista *LyE*, sin cuya colaboración el desarrollo de esta investigación no hubiera sido posible.

"Del caballo en la entraña escondidos, los otros en torno se agrupaban de Ulises ya en medio de Troya; los teucros por sí mismos lo habían arrastrado al alcázar y, erguido en mitad, discutían a su pie y en confuso alboroto".¹

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional, en tanto disciplina social, ha experimentado profundas transformaciones a lo largo del tiempo. Durante el último siglo, fenómenos complejos como la globalización y el desarrollo tecnológico han modificado radicalmente el escenario internacional. En este contexto, nuevos procesos de creación normativa² obligan a repensar la idea tradicional de las fuentes del derecho internacional como aquellas mencionadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.³

Tal como ha sugerido Richard Baxter, existe una infinita variedad de manifestaciones del derecho internacional que no se constriñe al texto del artículo 38.⁴ A modo de ejemplo, la Comisión de Derecho Internacional publicó en el año 2006 una serie de "Principios Guía" (*Guiding Principles*) para clarificar hasta qué punto los actos unilaterales de los Estados podrían ser vinculantes bajo el derecho internacional.⁵ Ya tres décadas antes, la Corte Internacional de Justicia reconocía a un acto unilateral de Francia como fuente de derechos y obligaciones.⁶

En esta línea, ha cobrado relevancia la discusión académica sobre el rol del denominado *soft law*. Como se explicará a lo largo de este trabajo, el *derecho blando* desafía la idea tradicional del derecho internacional como un sistema basado en el consentimiento de los Estados, según la cual las normas derivarían únicamente de su voluntad, en tanto entidades soberanas.⁷

En este sentido, el objetivo del presente artículo consiste en analizar el valor que les otorga la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en

1. HOMERO, *La Odisea*, pp. 500-520.

2. DEL TORO HUERTA, "El Fenómeno del *Soft Law* y...", p. 515.

3. HILLIER, *Sourcebook on Public International Law*, p. 63.

4. BAXTER, "International Law in 'Her Infinite Variety'", pp. 549-566.

5. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, "Anuario de la CDI", p. 159, traducción propia.

6. CIJ, "Caso Relativo a los Ensayos Nucleares", párr. 45-63.

7. KLABBERS, "International Law", p. 21.

adelante, Corte IDH, la Corte o el tribunal) a las producciones de los Comités u órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos en el ámbito universal.

En el marco de esta investigación, el término "producciones" deberá entenderse como comprensivo de todos los trabajos de los Comités de derechos humanos, independientemente de la denominación concreta que cada órgano utilice. Si bien el análisis podría extenderse a otros tribunales internacionales, este trabajo se centrará en la Corte IDH por su incidencia en la región americana.

La hipótesis que guía esta investigación es que la aplicación judicial que realiza la Corte IDH de cierto tipo de instrumentos de *soft law* contribuye al desarrollo del DIDH al crear o modificar el alcance de normas jurídicas internacionales. De este modo, determinadas producciones de los Comités constituyen para la Corte IDH una fuente autónoma de derecho internacional.

A tal fin, en primer lugar, se examinarán las distintas concepciones del denominado *soft law*. Luego, se analizará su posible caracterización como fuente del derecho internacional y se expondrán las críticas al relativismo normativo. Seguidamente, se expondrán las "ventajas" que presentan este tipo de instrumentos para Estados heterogéneos. Finalmente, se analizarán tres sentencias de la Corte IDH en las cuales se hace referencia a producciones de los Comités anteriormente mencionados. Así, se demostrará el valor que le otorga un tribunal internacional de derechos humanos a instrumentos del tipo *soft law*.

II. *SOFT LAW* COMO FUENTE DE DERECHO INTERNACIONAL

La introducción del término *soft law* en el derecho internacional se atribuye a Lord McNair, quien lo utilizó para describir "instrumentos con efecto vinculante extra legal".⁸ Según un estudiante de McNair, el profesor utilizaba la distinción entre *soft* y *hard law* como sinónimos de la distinción entre *lex lata* y *lex ferenda* (respectivamente), es decir, entre la ley vigente y la ley futura.⁹

8. GONZÁLEZ NAPOLITANO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 107.

9. JENNINGS, "An International Lawyer Takes Stock", p. 516.

Lo cierto es que no existe una definición precisa y un significado unívoco del término *soft law*. Una primera aproximación puede venir de Julio Barberis, célebre doctrinario argentino y ex juez de la Corte IDH (entre otros tribunales). Según Barberis, la expresión refiere principalmente a: (i) normas en proceso de formación que aún no tienen validez jurídica; (ii) normas jurídicas de contenido difuso o vago en las que es difícil determinar si sus disposiciones se han cumplido o no debidamente y (iii) normas comprendidas en las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y de algunas organizaciones regionales o en acuerdos políticos entre gobiernos, en los "*gentlemen's agreements*", en determinados códigos de conducta, declaraciones conjuntas de presidentes o de ministros de Relaciones Exteriores, directivas adoptadas de forma consensuada en conferencias internacionales, entre otras.¹⁰

Cabe destacar, no obstante, que para este autor no tiene sentido acuñar un nuevo término "*soft law*" para denominar fenómenos ya conocidos. Según Barberis, la primera acepción corresponde a lo que la doctrina entiende por *lex lata* y *lex ferenda*, mientras que la segunda acepción refiere a normas jurídicas con el mismo grado de obligatoriedad cuya diferencia radica en la dificultad para verificar su cumplimiento. Es por ello que considera que hablar de *soft law* o *derecho blando* es poco razonable e inconveniente, dado que este tipo de derecho no es sino "un producto de intereses políticos que buscan otorgar obligatoriedad a ciertos actos y ciertas resoluciones para satisfacer sus propios intereses".¹¹ En suma, para Barberis, no existe ninguna "categoría intermedia" sino que, simplemente, algo es o no es derecho.

Por su parte, Mazuelos Bellido, profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Madrid, sostiene, al igual que otros doctrinarios, que la expresión *soft law* se utilizaba para distinguir las *lege* proposiciones de *ferenda* de las de *lege lata*.¹² Señala que, inicialmente, el término hacía alusión a enunciados formulados como principios abstractos, presentes en todos los ordenamientos jurídicos, que a través de la aplicación judicial se volvían operativos. Siguiendo a Mazuelos Bellido, básicamente, se denomina *soft law* a instrumentos cuya juridicidad puede ofrecer dudas o cuya fuerza vinculante se cuestiona.

10. BARBERIS, *Formación del Derecho Internacional*, pp. 282-287.

11. BARBERIS, *Formación del Derecho Internacional*, pp. 282-288.

12. MAZUELOS BELLIDO, "Soft Law: ¿mucho ruido y pocas nueces?", p. 2.

Según Dinah Shelton, investigadora de derecho internacional y ex miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el *soft law* es un tipo de regla social más que legal. Por lo general, refiere a cualquier instrumento internacional escrito que no sea un tratado que contiene principios, normas, estándares u otras declaraciones de comportamiento esperado. Las normas de tipo *soft law* expresarían cierta "preferencia" de comportamiento y cooperación funcional entre los Estados para alcanzar distintos objetivos internacionales.¹³

Por su parte, Daniel Thürer distingue cuatro aspectos que podrían caracterizar al *soft law*: (i) expresan expectativas comunes de conducta en el manejo de las relaciones internacionales, puesto que generalmente surgen o se moldean en el marco de organizaciones internacionales; (ii) son creadas por sujetos del derecho internacional; (iii) no han completado todo el proceso o procedimiento para la creación internacional de normas, por ende, en tanto no provienen de una fuente formal del derecho, carecen de fuerza vinculante y (iv) tienen cierta "proximidad" a la norma por su capacidad para producir efectos jurídicos.¹⁴ Similares criterios plantea Cristine Chinkin para la identificación de este tipo de instrumentos.¹⁵

A la luz de las distintas concepciones enunciadas respecto del *soft law*, puede entenderse que las producciones de los Comités de derechos humanos bien podrían encuadrarse dentro de esta categoría. El lenguaje de estos trabajos suele ser vago o difuso, no solo desde su denominación general (por ejemplo, "recomendaciones", "observaciones") sino también, en ocasiones, en los términos exhortatorios que utiliza (son usuales las expresiones del tipo "insiste", "invita", "ruega").¹⁶ Asimismo, al no imponerse una

13. SHELTON, "International law and 'Relative Normativity'", p. 3, traducción propia.

14. THÜRER, "Soft Law", p. 454, traducción propia.

15. Chinkin considera que se está frente a instrumentos de tipo *soft law*: cuando estos estén formulados en términos no obligatorios de acuerdo con los procesos tradicionales de creación de normas (ej. tratados); cuando contengan términos vagos e imprecisos; procedan de órganos carentes de capacidad para crear normas; estén dirigidos a actores no estatales cuya práctica no puede generar costumbre; permanezcan ajenos a cualquier teoría de responsabilidad internacional; se basen exclusivamente en la adhesión voluntaria y no supongan la existencia de mecanismos jurídicos para su exigencia. DEL TORO HUERTA, "El Fenómeno del *Soft Law* y...", p. 539.

16. Respecto de la expresión "recomendación", si bien excede el marco de este trabajo, la Corte IDH se ha expresado en relación con el trabajo de la Comisión Interamericana. En el "Caso Caballero Delgado y Santana" el tribunal sostuvo que "el Estado no incurre en

consecuencia jurídica “negativa” para los Estados que las incumplan, podría sostenerse, al decir de Shelton, que expresan una preferencia de comportamiento esperado. Dichas producciones son elaboradas por comités de expertos/as independientes, es decir, su contenido no deriva directamente de la voluntad de los Estados. Los/las expertos/as son postulados/as y elegidos/as por los Estados Partes para desempeñar mandatos de plazos fijos y supervisar la aplicación de un tratado.

Respecto de la vinculación del *soft law* con otras fuentes del derecho internacional, Shelton sostiene que los textos de *soft law* pueden ser “precursores” o base de negociación de la adopción de tratados internacionales. Incluso pueden estimular la práctica estatal llevando a la formación de normas consuetudinarias internacionales.¹⁷ Para sustentar esta última idea, la autora menciona el preámbulo de los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” que reza:

“Destacando que los Principios y Directrices Básicos que figuran en el presente documento no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que son complementarios, aunque diferentes en su contenido”.¹⁸

Finalmente, algunas autoras resaltan la vinculación entre las normas de *soft law* y el principio de buena fe, en virtud del cual pueden las primeras convertirse en fuente de obligaciones jurídicas a través de la aquiescencia y el *estoppel*.¹⁹

responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria”. Sin embargo, cabe destacar que, respecto de la Comisión IDH, este criterio comenzó a variar levemente a partir del “Caso Blake c. Guatemala”. Corte IDH, “Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia”, párr. 67. Corte IDH, “Caso Blake Vs. Guatemala”, párr. 108.

17. SHELTON, “Soft Law”, p. 7.

18. AGNU, A/Res/60/147.

19. GONZÁLEZ NAPOLITANO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 107; CHINKIN,

De todo lo anterior, se desprende la idea de que el *soft law* podría considerarse, al menos en principio, como una fuente autónoma del derecho internacional. En definitiva, lo que se pone en duda no es el carácter jurídico de este tipo de instrumentos sino su fuerza vinculante. Cabe preguntarse entonces, ¿existe una obligación jurídica sin sanción? ¿Qué problemas podrían surgir del *soft law* como fuente del derecho internacional?

III. ¿HA LLEGADO EL FIN DEL POSITIVISMO NORMATIVO?

La presencia de instrumentos sin fuerza vinculante pero con efectos jurídicos²⁰ en el derecho internacional implicaría suponer la existencia de una "zona gris" entre valores sociales emergentes y reglas ya establecidas o un "umbral de normatividad" entre normas vinculantes y no vinculantes.

Esta conceptualización ha suscitado distintas críticas, siendo la más enérgica aquella propuesta en 1983 por el jurista francés Prosper Weil en su artículo "Towards Relative Normativity in International Law?". En este texto, partiendo de una definición positivista del derecho internacional público,²¹ Weil considera que la caracterización de una norma como *soft* o *hard* no afecta su carácter normativo.²² Las resoluciones de organizaciones internacionales —generalmente consideradas como *soft law*— en opinión del autor, "pueden constituir una etapa importante en el proceso de elaboración de las normas internacionales; en sí mismos, sin embargo, no constituyen la fuente formal de nuevas normas".²³ No obstante, si bien los juristas deben tenerlas en cuenta, ello no equivale a integrarlas en una escala de normatividad. De lo contrario, según Weil, se correría el peligro

"Normative Development in the International Legal System", p. 31; MAZUELOS BELLIDO, "Soft Law: ¿mucho ruido y pocas nueces?", p. 25.

20. DEL TORO HUERTA, "El Fenómeno del Soft Law y...", pp. 519-530.

21. Weil comienza el artículo definiendo al Derecho Internacional con cita al Tratado de Derecho Internacional Público de Guggenheim: "*public international law is the aggregate of the legal norms governing international relations*".

22. WEIL, "Towards Relative Normativity in International Law?", p. 414. Original: "*Whether a rule is "hard" or "soft" does not, of course, affect its normative character. A rule of treaty or customary law may be vague, "soft"; but, as the above examples show, it does not thereby cease to be a legal norm*".

23. WEIL, "Towards Relative Normativity in International Law?", p. 417, traducción propia.

de "desestabilizar el sistema normativo internacional y su razón de ser".²⁴

De este modo, al establecer una gradación en la normatividad internacional y al generarse una jerarquía de normas en múltiples niveles, se quebraría la homogeneidad del derecho internacional. Refiriéndose a algunas sentencias de la Corte Internacional de Justicia, el jurista reafirma los dos ejes centrales del derecho internacional: (i) el consentimiento de los Estados como herramienta para armonizar y garantizar la coexistencia pacífica y (ii) los objetivos comunes, que pueden traducirse en relaciones de cooperación.²⁵

La relativización de la normatividad sería especialmente peligrosa en relación con las obligaciones *erga omnes* y las normas de *jus cogens*. Ello toda vez que, al introducirse matices en la normatividad, se generaría fragmentación en el derecho internacional y podría llegarse al extremo de "cuestionar la personalidad misma de la comunidad internacional" al no quedar claro quién es el sujeto creador de normas y quién puede invocar obligaciones.²⁶

Respecto de los Comités de derechos humanos, bien podría sostenerse que un grupo de expertos actuando de forma independiente no posee autoridad suficiente para imponer obligaciones a los Estados que los han conformado, sin concederles dicha facultad.

En cuanto a las producciones de los mencionados Comités, según el profesor Jean D'Aspremont, salvo determinadas excepciones, los académicos positivistas generalmente rechazan la idea de *soft law* basándose en su teoría del acto jurídico.²⁷ Para este autor, son principalmente los estudiosos del derecho internacional público quienes apoyan el *soft law* como fuente del derecho internacional, en la búsqueda de una ampliación de su objeto de estudio.²⁸

En suma, como se ha anticipado, no existe una postura única en torno al *soft law* como fuente del derecho internacional y el debate doctrinario continúa aún abierto.²⁹ Sin perjuicio de las críticas que ha suscitado, los

24. WEIL, "Towards Relative Normativity in International Law?", p. 418, traducción propia.

25. WEIL, "Towards Relative Normativity in International Law?", pp. 419-420.

26. WEIL, "Towards Relative Normativity in International Law?", pp. 422-242.

27. D'ASPREMONT, "Softness in International Law: A Self-Serving...", p. 1077.

28. D'ASPREMONT, "Softness in International Law: A Self-Serving...", p. 1089.

29. En respuesta a las críticas de Weil, el filósofo John Tasioulas publicó el artículo "In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case" (1994), en el cual critica la visión estatista del derecho propuesta por Weil y defiende el ideal "plura-

Estados siguen recurriendo a instrumentos de tipo *soft law*. Cabe entonces preguntarse por qué motivo los Estados optan por la creación de normas de “dudosa juridicidad” para regular sus relaciones.

IV. ¿POR QUÉ ELEGIR EL *SOFT LAW*?

Desde el campo de las Relaciones Internacionales, Abbot y Snidal presentan en su artículo “Hard and Soft Law in International Governance” (2000) su particular punto de vista sobre las razones que llevarían a la comunidad internacional a recurrir a instrumentos de tipo *soft law*. A tal fin, analizan “costos y beneficios” de cada tipo de regulación superando las divisiones disciplinarias y las críticas positivistas al *soft law*.³⁰ La violación de un compromiso de *hard law* acarrea altos costos en términos de reputación para el Estado transgresor, los cuales se proyectan incluso sobre todo el derecho internacional público.³¹ Asimismo, los instrumentos de *hard law* que se incorporan a nivel doméstico se ejecutan más fácilmente en relación con las personas y bienes privados.³²

A lo largo de su artículo, Abbot y Snidal analizan cada ejemplo de regulación en el continuo *hard law/soft law* y evalúan la presencia y el nivel que respectivamente se les atribuye de (i) obligación, (ii) precisión y (iii) delegación.³³ Lejos de la distinción binaria entre *soft* y *hard law*, los autores presentan a la delegación en órganos administrativos o judiciales como

lista” de la sociedad internacional. TASIOLAS, “In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case”, p. 10. Asimismo, en los últimos años se han publicado numerosos artículos en relación con la discusión del *soft law* como fuente de derecho internacional. Sobre la regulación del espacio, ver: DEMPSEY, *The Emergence of National Space Law*, 2018. Sobre corporaciones transnacionales, ver: KALIMO & STAAL, “‘Softness’ in international instruments—The case of Transnational Corporations”.

30. ABBOTT & SNIDAL, “Hard and Soft Law in International Governance”, pp. 421-424.

31. ABBOTT & SNIDAL, “Hard and Soft Law in International Governance”, p. 427.

32. Ejemplo de ello ha sido el caso del general Pinochet quien, estando en territorio inglés, fuera encontrado culpable de distintos delitos por un magistrado español, en cumplimiento con convenciones internacionales contra la tortura. En aquella oportunidad, la Cámara de los Lores estableció que no podía ser tenido como responsable de la mayoría de los delitos que se le reprochaban pero en cambio sí debía responder por aquellos actos cometidos luego de la incorporación de la Convención contra la Tortura al ordenamiento inglés. ABBOTT & SNIDAL, “Hard and Soft Law in International Governance”, p. 428.

33. ABBOTT & SNIDAL, “Hard and Soft Law in International Governance”, p. 424.

una herramienta útil incluso en regímenes con altos niveles de obligación y precisión. A modo de ejemplo, la Convención Europea sobre Derechos Humanos contiene estipulaciones con un nivel de detalle relativamente alto, sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe aplicar estándares generales para situaciones que definitivamente no hubieran podido contemplarse cuando la convención fue redactada.³⁴

En cuanto a las ventajas que presenta el *soft law*, se destacan diversos puntos. En primer lugar, estos instrumentos implican menores costos contractuales en comparación con la adopción de acuerdos de *hard law*. Estos últimos a menudo involucran largos procesos de negociación y un gran dispendio de tiempo y dinero, al requerir la puesta en marcha de la burocracia estatal para firmar un instrumento de *hard law*. En esta línea, es ilustrativo el régimen de no proliferación nuclear. Si bien la mayoría de las obligaciones en esta materia están plasmadas en el Tratado de No Proliferación Nuclear y otros instrumentos de *hard law*, la Agencia Internacional de Energía Atómica suele regular una gran cantidad de temas a través de "recomendaciones" (*soft law*) que insumen mucho menos tiempo y costos que la redacción de un nuevo instrumento de *hard law*.³⁵

En segundo lugar, implican concesiones más moderadas en términos de soberanía estatal que pueden incluir desde la pérdida de autoridad para decidir sobre temas puntuales hasta la alteración de las relaciones entre el Estado y las personas bajo su jurisdicción, como ocurre con los tratados de derechos humanos. A título ilustrativo, el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales es un instrumento vinculante que al mismo tiempo contiene disposiciones redactadas de forma débil o imprecisa, lo cual habilita a los Estados a limitar los costos en términos de soberanía.³⁶

En tercer lugar, el *soft law* ofrece la posibilidad de anticiparse a las eventuales consecuencias que podría traer un acuerdo de *hard law* sobre determinada temática. Así, se reduce la incertidumbre en cuanto a la regulación de fenómenos nuevos o complejos y se prevén futuros escenarios.

Asimismo, el *soft law* puede servir como una herramienta de los actores internacionales para asumir compromisos en determinados momentos históricos. Utilizando este tipo de instrumentos, los Estados pueden

34. ABBOTT & SNIDAL, "Hard and Soft Law in International Governance", p. 433.

35. ABBOTT & SNIDAL, "Hard and Soft Law in International Governance", p. 435.

36. ABBOTT & SNIDAL, "Hard and Soft Law in International Governance", p. 439.

negociar y asumir compromisos acordes con su particular situación en un momento puntual de su desarrollo. Así, las relaciones internacionales se verían fortalecidas por una interacción más flexible entre Estados heterogéneos.³⁷ En este sentido, cabe retomar el ejemplo del Tratado de No Proliferación Nuclear como modelo de concesiones recíprocas entre Estados con distintos niveles de poder. A través de este instrumento, Estados fuertes aceptaron limitaciones a la transferencia de armas y tecnología, al tiempo que los Estados más débiles admitieron el oligopolio nuclear existente. El tratado contempla un alto nivel de obligación, pero limitada por cláusulas de escape y la posibilidad de renegociación a 25 años. De este modo, el *soft law* ayudaría a reconciliar posturas aparentemente contradictorias sobre los efectos de la legalización.³⁸

Otro punto interesante en el análisis de Abbot y Snidal es el rol de los actores privados ya sea a nivel grupal o individual, en distintas áreas del derecho. En este sentido, se plantea la utilidad que significa el poder recurrir a una u otra forma de regulación (*hard* o *soft*) dependiendo de la intención y la posición política de los actores privados. Así, por ejemplo, durante la Conferencia de Río de 1992, los grupos de activistas ambientales tras ver frustrada la posibilidad de arribar a instrumentos vinculantes en distintas temáticas, lograron acuerdos no vinculantes plasmados en documentos sumamente elaborados como la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo,³⁹ la Agenda 21⁴⁰ y los *Forest Principles*.⁴¹ Merece destacarse que estos instrumentos fueron firmados por más de 178 países en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (UNCED), que tuvo lugar en Río de Janeiro, Brasil, entre el 3 y el 14 de junio de 1992. Veinte años después de este evento, se celebró la Conferencia "Río +20"⁴² en la cual los líderes mundiales, junto con actores privados y ONGs se reunieron para debatir sobre economía ecológica y desarrollo sostenible. En 2015, 195 países

37. ABBOTT & SNIDAL, "Hard and Soft Law in International Governance", pp. 447-448.

38. ABBOTT & SNIDAL, "Hard and Soft Law in International Governance", p. 450, traducción propia.

39. AGNU, A/CONF.151/26 (Vol. I).

40. AGNU, A/ CONF.151/26 (Vol. III).

41. AGNU, A/CONF.151/26 (Vol. III).

42. "Río+20" es el nombre abreviado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, que tuvo lugar en Río de Janeiro, Brasil (del 20 al 22 de junio de 2012).

firmaron el Acuerdo de París, primer acuerdo mundial vinculante relativo al cambio climático. Dicho instrumento culmina años de esfuerzos de la comunidad internacional y demuestra cómo el *soft law* ha servido como puntapié para arribar a acuerdos vinculantes en una temática sensible como lo es el cambio climático.⁴³

De lo anterior puede deducirse que, lejos de ser una muestra de desintegración del ordenamiento internacional, los instrumentos de *soft law* revelan cómo los Estados han encontrado medios más prácticos y convenientes para regular sus relaciones.⁴⁴ El artículo de Abbot y Snidal resalta especialmente el potencial transformador de los instrumentos de *soft law*.

Como veremos seguidamente, ello también puede verificarse en el campo del DIDH. En particular, en el modo en que las producciones de los Comités contribuyen a la construcción de “estándares” que posteriormente la Corte IDH aplica en sus sentencias al juzgar el debido respeto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, Convención Americana).

V. PRODUCCIONES DE LOS COMITÉS DE DERECHOS HUMANOS: ¿EL “CABALLO DE TROYA” DE LAS FUENTES DEL DIDH?

A partir de la segunda mitad del siglo XX, en consonancia con el proceso de humanización del derecho internacional público,⁴⁵ surge un tipo de normas que puede identificarse bajo la categoría de DIDH. Según el jurista español Díez de Velasco, esta rama del derecho se caracteriza por su progresividad y por la posibilidad de identificar principios y estructuras comunes presentes en los distintos sistemas que la integran.⁴⁶

43. Se puede observar un listado de los acuerdos previos a París 2015 en https://ec.europa.eu/clima/policies/international/negotiations/progress_es consultado 23/10/2018.

44. D’ASPREMONT, “Softness in International Law: A Self-Serving...”, p. 1089.

45. Según Acosta Alvarado: “[...] la humanización del derecho internacional ha de ser entendida como el proceso a través del cual se reconoce a la dignidad humana como uno de los valores sobre los que se erige este ordenamiento jurídico y, por lo tanto, a la protección de los individuos como cometido primordial de este. Se trata del proceso gracias al cual se cuestiona la naturaleza estatista —voluntarista— de este ordenamiento y con ello, se matizan todos sus componentes”. ACOSTA ALVARADO, “La Humanización del Derecho Internacional por la jurisprudencia interamericana”.

46. Díez de VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, p. 649.

Particularmente, en este campo del derecho es significativo el rol de los instrumentos de *soft law*: no solo como “moralizadores” sino como punto de inspiración para desarrollos posteriores, tal como se evidencia con la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁴⁷ Si bien existen en el DIDH diversos instrumentos de *hard law*, los Estados con frecuencia recurren al dictado de normas de *soft law* para regular sus relaciones. Ello se explica en gran parte, como destacan Abbot y Snidal, por las ventajas que presentan este tipo de instrumentos.

En cuanto a los órganos de tratados, existen en la actualidad nueve comités y un subcomité creados en virtud de tratados de derechos humanos —en el ámbito universal— que supervisan la aplicación de dichos instrumentos, a saber:⁴⁸

Comité	Abreviatura	Instrumento supervisado
Comité de Derechos Humanos	CDH	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	CDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial	CEDR	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer	CEDM	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
Comité contra la Tortura	CCT	Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
Subcomité para la Prevención de la Tortura	SPT	Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
Comité de los Derechos del Niño	CDN	Convención sobre los Derechos del Niño

47. AGNU, A/RES/217(III)[A].

48. Información obtenida del sitio web oficial de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas.

Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	CTM	Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares
Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad	CDPD	Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares
Comité contra las Desapariciones Forzadas	CDF	Convenio Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas

En reiteradas ocasiones, los tribunales internacionales de derechos humanos mencionan las producciones de estos organismos. Estas producciones no emanan directamente de la voluntad de los Estados y están formuladas en términos, muchas veces, meramente exhortatorios. No obstante, son retomadas por la Corte IDH para, junto con su propia jurisprudencia, construir estándares internacionales de derechos humanos, aplicables al evaluar el debido respeto a la Convención Americana. Como el caballo de Troya, el *soft law* presenta debilidades que lo vuelven "inofensivo", sin embargo, puede volverse "contra" los Estados al momento de ser juzgados por violaciones de derechos humanos.

Como se anticipara, a continuación se analizarán tres sentencias de fondo de la Corte IDH publicadas entre 2015 y 2017, en las cuales el tribunal ha retomado la labor de diversos Comités para crear nuevos estándares jurídicos. Los casos comentados tienen como común denominador algunas de las temáticas más desarrolladas en la última década y especialmente preocupantes a nivel mundial, esto es, la discriminación y la violencia contra la mujer.

V.A. Caso González Lluy y otros contra Ecuador (2015)

En *González Lluy y otros contra Ecuador*, la Corte menciona observaciones del CDESC,⁴⁹ del CEDM⁵⁰ y del CDN.⁵¹ El caso se relaciona, básicamente,

49. Corte IDH, "Caso González Lluy y otros c. Ecuador" párrs. 173, 234, 235, 253.

50. Corte IDH, "Caso González Lluy y otros c. Ecuador", párr. 286.

51. Corte IDH, "Caso González Lluy y otros c. Ecuador", párrs. 198, 199, 253, 262, 278, 381.

camente, con la responsabilidad internacional de Ecuador por la afectación a la vida digna e integridad personal de una niña “como consecuencia del contagio con VIH tras una transfusión de sangre que se le realizó [...] cuando tenía tres años de edad”.⁵²

En junio de 1998, Talía Gonzáles Lluy presentó una hemorragia nasal continuada y fue llevada por su madre a una institución privada de salud en Ecuador. Posteriormente, fue diagnosticada con púrpura trombocitopénica — una enfermedad hemorrágica— por un médico de la Cruz Roja, quien indicó que Talía necesitaba urgentemente una transfusión de sangre y de plaquetas.⁵³

La madre de Talía acudió al Banco de Sangre de la Cruz Roja del Azuay (Ecuador) para conseguir la sangre necesaria para la transfusión. Entre los donantes que se acercaron al Banco se encontraba el señor HSA, quien posteriormente fue diagnosticado con el virus de VIH. Debido a la urgencia del caso, las transfusiones de sangre a Talía fueron realizadas antes del análisis de VIH a los/las donantes.⁵⁴

Luego de diversos estudios solicitados por la madre de la niña, Talía fue diagnosticada con VIH.⁵⁵ Derivada de su situación de persona con VIH, Talía sufrió situaciones de discriminación por parte de instituciones educativas.⁵⁶

A fin de juzgar la afectación al derecho a la vida y a la integridad personal, la Corte recurre a las observaciones del CDESC para así considerar el derecho a la salud, que no se encuentra mencionado expresamente en la Convención Americana. Así, en el marco de los artículos 4 y 5 de la Convención, la Corte menciona los requisitos que deben cumplir los servicios y establecimientos de salud a fin de garantizar este derecho, a saber: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Asimismo, precisa el alcance específico que el CDESC establece para cada requisito.⁵⁷

Tras estas observaciones, analiza los hechos del caso a la luz de la obligación de regular y supervisar la prestación de servicios de salud teniendo en cuenta específicamente los requisitos señalados y el alcance dado por el CDESC. En palabras de la Corte:

52. Corte IDH, “Caso Gonzáles Lluy y otros c. Ecuador”, párr. 1.

53. Corte IDH, “Caso Gonzáles Lluy y otros c. Ecuador”, párr. 75.

54. Corte IDH, “Caso Gonzáles Lluy y otros c. Ecuador”, párrs. 77, 78.

55. Corte IDH, “Caso Gonzáles Lluy y otros c. Ecuador”, párr. 82.

56. Corte IDH, “Caso Gonzáles Lluy y otros c. Ecuador”, párrs. 133-144.

57. Corte IDH, “Caso Gonzáles Lluy y otros c. Ecuador”, párr. 173.

[...] dicho análisis tiene en cuenta la obligación estatal en relación con la *aceptabilidad* de los establecimientos, bienes y servicios de salud (que ‘deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados’), y su *calidad* (‘los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser *también* apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad’).⁵⁸

Posteriormente, el tribunal menciona la “Observación General No. 3 relativa al VIH/SIDA y los Derechos del Niño”⁵⁹ y la “Observación General No. 9 relativa a los derechos de los niños con discapacidad”,⁶⁰ ambas del CDN. Es a la luz de estas observaciones que luego examina las declaraciones de los representantes de la presunta víctima.

Del mismo modo, establece el alcance del derecho a la educación contenido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador teniendo en cuenta la “Observación General No. 13 relativa al derecho a la educación”⁶¹ del Comité DESC. Luego, lo analiza vinculado con “el uso del modelo social de la discapacidad como enfoque relevante para valorar el alcance de algunos derechos involucrados” en el caso.⁶²

En cuanto al alcance de la discriminación que se presenta en relación con la niña González Lluy, la Corte trae a colación la “Recomendación General No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer”⁶³ con el objeto de examinar los aspectos que pusieron a la víctima en una situación de mayor vulnerabilidad.

Del análisis combinado de las distintas producciones de los Comités mencionados, la Corte concluye que en el caso “confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH”.⁶⁴ Al establecer el estándar de “discriminación interseccional” la Corte avanza en el desarrollo del prin-

58. Corte IDH, “Caso González Lluy y otros c. Ecuador”, párr. 176 (el resaltado es del original).

59. CRCNU, CRC/GC/2003/3, párr. 20.

60. CRCNU, CRC/C/GC/9, párr. 51.

61. CDESC, E/C.12/1999/10, párr. 6.

62. Corte IDH, “Caso González Lluy y otros c. Ecuador”, párr. 236.

63. Comité CEDAW, CEDAW/C/GC/28, párr. 21.

64. Corte IDH, “Caso González Lluy y otros c. Ecuador”, párr. 290.

cipio de no discriminación, clave esencial para el ejercicio y goce de los derechos humanos.⁶⁵

Cuesta imaginar cómo el tribunal podría haber construido una solución como a la de arriba sin la inestimable contribución de los comités de DD.HH. En este sentido, el Caso Gonzáles Lluy ilustra de qué modo instrumentos de tipo *soft law* colaboran con el desarrollo del contenido de las normas de DIDH y, en suma, contribuyen a la protección integral de los derechos humanos.

V.B. Caso I.V. contra Bolivia (2016)

Distintas producciones del Comité CEDM,⁶⁶ del CDESC⁶⁷ y del CCT⁶⁸ son retomadas por la Corte en la sentencia I.V. contra Bolivia. El caso bajo análisis se relaciona con la responsabilidad internacional de Bolivia por la intervención quirúrgica realizada a la señora I.V., sin que se tratara de una situación de emergencia y sin el consentimiento informado de la paciente, lo cual derivó en la pérdida permanente y forzada de su función reproductora.⁶⁹

En julio de 2000, la señora I.V., embarazada de su tercera hija, ingresó al Hospital de la Mujer de La Paz. Debido a complicaciones médicas, se le realizó una cesárea de urgencia. Mientras la paciente se encontraba anestesiada se la sometió, sin solicitarle ningún tipo de consentimiento previo, al procedimiento de ligadura de las trompas de Falopio.⁷⁰

Durante la audiencia del caso, la señora I.V. manifestó que este procedimiento “mutiló sus sueños y también el de su familia”.⁷¹

Es interesante el modo en que en esta sentencia la Corte se sirve de las producciones (sobre todo del CEDM) para interpretar los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la dignidad, a la vida privada y familiar y de acceso a la información.⁷² El tribunal utiliza dichas producciones no solo para delimitar el alcance de los derechos mencionados sino

65. VARGAS VERA, “Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas...”, p. 149.

66. Corte IDH, “Caso I.V. c. Bolivia”, párrs. 253, 254, 266.

67. Corte IDH, “Caso I.V. c. Bolivia”, párrs. 303, 305

68. Corte IDH, “Caso I.V. c. Bolivia”, párrs. 265, 304.

69. Corte IDH, “Caso I.V. c. Bolivia”, párr. 1.

70. Corte IDH, “Caso I.V. c. Bolivia”, párr. 64.

71. Corte IDH, “Caso I.V. c. Bolivia”, párr. 69.

72. Corte IDH, “Caso I.V. c. Bolivia”, párr. 148.

también para realizar una interpretación que, si bien no descripta expresamente de este modo por la Corte, podría calificarse como “evolutiva”.

En esta línea, analiza la prohibición de discriminación más allá de la noción tradicional de igualdad y reconoce en la esterilización forzada una afectación desproporcionada a las mujeres marcada por “las secuelas de las relaciones históricamente desiguales entre las mujeres y los hombres”.⁷³ Asimismo, retomando el estándar de discriminación interseccional planteado en el Caso González Lluy contra Ecuador e informes de relatores especiales, la Corte

“subraya que la esterilización sin consentimiento es un fenómeno que en diversos contextos y partes del mundo ha tenido un mayor impacto en mujeres que son parte de grupos con una mayor vulnerabilidad a sufrir esta violación de derechos humanos, ya sea por su posición socio-económica, raza, discapacidad o vivir con el VIH”.⁷⁴

A través de la “Recomendación General No. 19 relativa a la violencia contra la mujer”⁷⁵ del CEDM, la Corte señala que “la esterilización femenina forzada, obligatoria, coercitiva, no consentida o involuntaria efectivamente constituye un acto de violencia contra la mujer”.⁷⁶ Ello le permite concluir que el Estado es responsable internacionalmente por la violación del deber de respeto y garantía, así como de la obligación de no discriminar, de diversos derechos reconocidos en la Convención Americana, en perjuicio de la señora I.V.⁷⁷

En este caso, la Corte especifica el contenido del articulado de la Convención a la luz de las producciones de los Comités creados por los tratados de derechos humanos. En virtud de esta interpretación, se declara responsable a Bolivia por violaciones a derechos humanos que, al menos en principio, no se desprenden del literal de los artículos analizados.

73. Corte IDH, “Caso I.V. c. Bolivia”, párr. 243.

74. Corte IDH, “Caso I.V. c. Bolivia”, párr. 247.

75. Comité CEDAW, UN Doc. HRI\GEN\I\Rev.1, párr. 22.

76. Corte IDH, “Caso I.V. c. Bolivia”, párr. 254.

77. Corte IDH, “Caso I.V. c. Bolivia”, párr. 256.

V.C. Caso Gutiérrez Hernández contra Guatemala (2017)

En esta sentencia, a diferencia de las anteriormente reseñadas, la Corte no cita en su decisión de fondo relativa a la desaparición de Mayra Gutiérrez Hernández⁷⁸ a las producciones de los Comités. Sin embargo, puede observarse cómo en las notas al pie de este decisorio, particularmente en el análisis de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, sí se hace referencia a la Recomendación General No. 19 del CEDM.⁷⁹

La señora Mayra Gutiérrez, docente e investigadora, había sido activista en el movimiento guerrillero durante el conflicto armado interno en Guatemala. En abril de 2000, se produjo su desaparición.⁸⁰ En relación con esta, el Ministerio Público abrió una investigación que permanecía abierta hasta la fecha de sentencia de la Corte IDH. Asimismo, se interpusieron tres recursos de exhibición personal y la Corte Suprema de Justicia ordenó al Procurador de los Derechos Humanos un procedimiento especial de averiguación.⁸¹

Tanto la investigación del Ministerio Público como la del Procurador, se centraron en la posible responsabilidad de la ex pareja de la víctima en su desaparición, desatendiendo las hipótesis que implicaran participación o aquiescencia estatal.⁸²

Al analizar los artículos 8 y 25 de la Convención, la Corte toma de la Recomendación General No. 19 del CEDM, la definición que utiliza de “discriminación contra la mujer”. Ello impacta en el modo en que, unos párrafos más abajo, establece el modo en que tienen que realizarse las investigaciones judiciales.⁸³

En aplicación del principio *iura novit curia*, el tribunal analiza los alegatos de las partes en relación con el artículo 7(b) de la Convención de Belém do Pará,⁸⁴ instrumento específico de protección de mujeres. Es por ello que, al analizar el deber de investigar del Estado lo vincula con el artículo 24 de

78. Corte IDH, “Caso Gutiérrez Hernández y otras c. Guatemala”, párr. 1.

79. Comité CEDAW, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, citado en Corte IDH, “Caso Gutiérrez Hernández y otras c. Guatemala”, párr. 150.

80. Corte IDH, “Caso Gutiérrez Hernández y otras c. Guatemala”, párrs. 45, 46.

81. Corte IDH, “Caso Gutiérrez Hernández y otras c. Guatemala”, párr. 47.

82. Corte IDH, “Caso Gutiérrez Hernández y otras c. Guatemala”, párrs. 48-109.

83. Corte IDH, “Caso Gutiérrez Hernández y otras c. Guatemala”, párrs. 169-173.

84. Siempre que esos estereotipos conduzcan a violaciones de derechos humanos, al afectar la objetividad de los operadores jurídicos. Corte IDH, “Caso Gutiérrez Hernández y otras c. Guatemala”, párr. 150.

la Convención Americana (es decir, el derecho a la igualdad ante la ley) y el principio de no discriminación. Así, la Corte establece que los estereotipos de género afectan el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.⁸⁵

Como puede observarse, del literal de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana no se desprende la obligación de los Estados de erradicar prejuicios y estereotipos de género. Sin embargo, el tribunal entiende que ciertos "estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos donde se presenten".⁸⁶

De este modo, la Corte no solo crea un estándar específico del derecho al acceso a la justicia de las mujeres sino que, a la luz de este criterio,⁸⁷ concluye que Guatemala es responsable por la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención en relación con el artículo 24 del mismo instrumento legal. Indudablemente, la Resolución General No. 19 influyó en la creación de este estándar particular de investigación porque es sobre la base del contenido de este instrumento que la Corte especifica las obligaciones estatales en casos de violencia contra la mujer.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

De las sentencias anteriormente analizadas, puede concluirse que la Corte IDH, sin explicitar un criterio de interpretación específico,⁸⁸ analiza distintas producciones de los Comités creados por los tratados de derechos humanos para generar nuevos estándares, aplicables a las obligaciones de los Estados en virtud de la Convención Americana.

En particular en el DIDH, ello podría ser muy beneficioso, en tanto permitiría una mayor protección de los derechos fundamentales de los individuos, sin tener que atenerse a instrumentos de *hard law* en los que los plasmen sus intenciones de obligarse. De este modo, las personas recibirían una mejor protección de sus derechos humanos, independientemente de la voluntad estatal.

85. Corte IDH, "Caso Gutiérrez Hernández y otras c. Guatemala", párr. 150.

86. Corte IDH, "Caso Gutiérrez Hernández y otras c. Guatemala", párr. 171.

87. Y por supuesto que ante la verificación de una investigación deficiente en el caso concreto.

88. Gross Espiell, ex presidente de la Corte IDH, resalta que la interpretación de la Convención Americana por la Corte no es una interpretación auténtica y debe darse conforme al objeto y fin del tratado. GROSS ESPIELL, *Los métodos de interpretación utilizados por...*

En cuanto a la discusión sobre las fuentes del derecho internacional, no solo la Corte IDH utiliza asiduamente instrumentos de *soft law*. Su par europea ha manifestado recientemente que “las notas diplomáticas son una fuente de derecho internacional comparables a un tratado o un acuerdo cuando formaliza acuerdos entre autoridades involucradas, una estancia común en cierta materia o aún, por ejemplo, la expresión de un deseo unilateral o un compromiso”.⁸⁹

Como se ha intentado demostrar, los estándares que la Corte IDH genera habilitan a las personas a reclamar por incumplimientos específicos de los Estados, que en principio no surgen del literal de los tratados de derechos humanos. Nuevamente, a riesgo de caer en un argumento de deseabilidad, es menester destacar que por las características particulares del DIDH, esta interpretación judicial de la Corte sería acorde al *principio pro homine*. Asimismo, permite a este organismo jurisdiccional interpretar a la Convención Americana —elaborada hace casi medio siglo— como un “instrumento vivo”⁹⁰ y dinámico, adaptado a los tiempos y desafíos que plantea la protección de los derechos humanos en sociedades cada vez más complejas.

Cabe destacar también que el uso de instrumentos de *soft law* facilita a los actores no estatales la participación activa en el desarrollo del derecho internacional y esta pluralidad de voces marca, indudablemente, una apertura del DIDH. Esta apertura no solo es beneficiosa sino incluso necesaria, si se tiene en cuenta que son los/las expertos/expertas de los Comités quienes reciben informes periódicos de la manera en que se ejercitan los derechos humanos en los Estados parte de un tratado. En este sentido, pueden evaluar cuáles son los obstáculos al efectivo goce de los derechos humanos en tiempos y lugares determinados.

Por otra parte, las críticas al relativismo normativo no le restan valor o efectos jurídicos a los instrumentos de *soft law* y, como han postulado Abbott y Snidal, no obsta a su utilización por parte de los Estados. En esta línea, lejos de haberse desestabilizado el derecho internacional, como sugería Prosper Weil, a través de estos instrumentos *blandos* los Estados regulan sus relaciones cotidianas y generan compromisos claros. Aún más, si se analiza el nivel de cumplimiento de las obligaciones de *hard* y de *soft law* por parte de la comunidad internacional podría incluso sostenerse

89. TEDH, Judgment, “Case of Medvedyev and Others v. France”, párr. 96, traducción propia.

90. Corte IDH, “Caso de los ‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala”, párr. 193.

que los “defectos” que se predicen del *soft law* pueden considerarse como defectos del derecho internacional en general.

Siguiendo la reflexión de Del Toro Huerta, el fenómeno del *soft law* “abre la puerta hacia una concepción mucho más abierta, compleja y plural del derecho internacional, acorde con los tiempos de mayor globalización mundial”.⁹¹ Extender el número de fuentes creadoras de normas internacionales permite, al menos en el ámbito del DIDH, una mayor y mejor protección de los derechos fundamentales de las personas, puesto que una variedad de situaciones no contempladas inicialmente en los instrumentos de *hard law* pueden ser abarcadas por producciones de *soft law*, ya sea por motivos de decisión política estatal o por el accionar de otros actores internacionales.

Particularmente, y como se pudo ver en los casos *González Lluy, I.V.* y *Gutiérrez Hernández*, el *soft law* desempeña un rol fundamental en el desarrollo de las normas de DIDH. Su aparente debilidad no impide que organismos jurisdiccionales como la Corte IDH los utilicen para la creación de nuevos estándares en materia de derechos humanos. Su estudio se revela entonces como un requisito fundamental para quien desee adentrarse en el desarrollo normativo en el ámbito del DIDH.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, Kenneth & SNIDAL, Duncan, “Hard and Soft Law in International Governance”, en *International Organization*, 200, Vol. 54, N° 3.
- ACOSTA ALVARADO, Paola, “La Humanización del Derecho Internacional por la jurisprudencia interamericana”, en *Anuario de acción humanitaria y derechos humanos*, 2010, N° 7, pp. 87-104. URL <http://djh.rv.vistas.deusto.es/issue/view/179> consultado 30/10/2018.
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/RES/60/147, 16/12/2005.
- , A/CONF.151/26 (Vol. I), Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.
- , A/RES/217(III)[A], Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.
- , A/CONF.151/26 (Vol. III), Reporte de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992.

91. DEL TORO HUERTA, “El Fenómeno del *Soft Law* y...”, p. 513.

- BARBERIS, Julio, *Formación del Derecho Internacional*, ÁBACO, 1994, Buenos Aires.
- BAXTER, Richard, "International Law in 'Her Infinite Variety'", en *The International and Comparative Law Quarterly*, 1980, Vol. 29, N° 4.
- Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, A/CN.4/SER.A/2006/Add.1, Anuario de la comisión de derecho internacional, Volumen II, 2006.
- Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, CRC/GC/2003/3, Observación General N°3, 17/03/2003.
- , CRC/C/GC/9, Observación General N°9, 27/02/2007.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, E/C.12/1999/10, Observación General N°13.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, Recomendación general N°19: "La Violencia contra la Mujer", 1992.
- , CEDAW/C/GC/28, Recomendación General N°28, 16/12/2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia", 8/12/1995, Serie C N°22, Fondo.
- , "Caso Gonzáles Lluy y otros c. Ecuador", 01/09/2015, Serie C N°298, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- , "Caso Gutiérrez Hernández y otras c. Guatemala", 24/08/2017, Serie C N°339, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- , "Caso I.V. c. Bolivia", 30/11/2016, Serie C N°329, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- , "Caso de los 'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala", 19/11/1999. Serie C N°63, Fondo.
- Corte Internacional de Justicia, "Caso Relativo a los Ensayos Nucleares", Nueva Zelanda c. Francia, 20/12/1974.
- D'ASPROMONT, Jean, "Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials", en *EJIL*, 2008, Vol. 19, N° 5, pp. 1075-193.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio, "El Fenómeno del Soft Law y las Nuevas Perspectivas del Derecho Internacional", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2006, Vol. VI.
- DEMPSEY, Stephen, "The Emergence of National Space Law", en *XXXVIII Annals of Air & Space Law*, 2013, pp. 303-342.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 1973, Madrid.

- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Errepar, 2015, Buenos Aires.
- GROSS ESPIELL, Héctor, *Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa*, URL <http://www.corteidh.or.cr/tablas/22883.pdf> consultado 30/10/2018.
- HILLIER, Tim, *Sourcebook on Public International Law*, Routledge-Cavendish, 1998, Londres.
- HOMERO, *La Odisea*, Canto VIII, 500-520, URL <https://revistadehistoria.es/el-caballo-de-troya/> consultado 30/10/2018.
- JENNINGS, Robert, "An International Lawyer Takes Stock", en *The International and Comparative Law Quarterly*, 1990, Vol. 39, N° 3.
- KALIMO, Harri & STAAL, Tim, "'Softness' in international instruments — The case of Transnational Corporations", en *Syracuse J. Int'l. L. & Com.*, 2014, N° 257.
- KLABBERS, Jan, *International Law*, Cambridge University Press, 2013, Cambridge.
- MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, "Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2004, N° VIII.
- Naciones Unidas, A. CONF/151/26 (Vol. III), Agenda 21, 1992.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, URL <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx> consultado 06/06/2018.
- SHELTON, Dinah, "International law and 'Relative Normativity'", en EVANS, M. (ed.), *International Law*, Oxford University Press, 2003.
- , "SOFT LAW", en *Handbook of International Law*, 2008, N° 322, Routledge Press.
- TASIOULAS, John, "In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case", en *Oxford Legal Studies*, 1996, Vol. 1, N° 1, 03/1996, pp. 85-128.
- THÜRER, Daniel, "Soft Law", en BERNHARDT, Rudolf (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, North Holland.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Case of Medvedyev and Others v. France", 29/03/2010.
- VARGAS VERA, Georgina, "Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas de vulnerabilidad. El caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador", en *Iuris Dictio*, 2016, Vol. 18.
- WEIL, Prosper, "Towards Relative Normativity in International Law?" en *American Journal of International Law*, 1973, Vol. 77.

LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE MACEDONIO FERNÁNDEZ Y DE ARTHUR SCHOPENHAUER A LA LUZ DE SUS CONCEPCIONES METAFÍSICAS*

FLORENCIA STREJILEVICH ARANGUREN**

Resumen: En este artículo, se presentará el análisis de algunos rasgos de la metafísica de Macedonio Fernández y Arthur Schopenhauer a partir de algunas similitudes y diferencias con la concepción metafísica kantiana del mundo basada en *fenómeno* y *noúmeno*. En este marco, se intentará demostrar que Macedonio se aparta en su metafísica de la dualidad sujeto-objeto desarrollada por Immanuel Kant, en la cual se ha basado Arthur Schopenhauer en su obra *El mundo como voluntad y representación*. Finalmente, se intentará una comparación preliminar entre las filosofías políticas de ambos autores, haciendo hincapié en la influencia que sus respectivas visiones metafísicas han tenido en sus teorías del Estado. En ese sentido, se procurará mostrar la influencia que la emancipación del distingo sujeto-objeto pudo haber tenido en el tránsito macedoniano desde una concepción de Estado liberal hacia una de corte anarquista.

Palabras clave: anarquismo — arthur schopenhauer — cosa-en-sí — fenómeno — filosofía política — liberalismo — macedonio fernández — metafísica — noúmeno — sujeto-objeto

Abstract: In this article an analysis will be presented about some aspects related with the metaphysics of Macedonio Fernandez and Arthur Schopenhauer on the basis of certain similarities and differences with Kantian metaphysical conception based on *phenomenon* and *noumenon*. In this context, this work will seek to demonstrate that Macedonio diverged, in his metaphysic, with the subject-object

* Recepción del original: 25/02/2019. Aceptación: 11/04/2019.

**Ayudante de la materia Teoría del Estado en la Comisión N° 6278 Scherlis-Aguirre G. Auxiliar 3° del Juzgado Civil y Comercial N° 11 de San Isidro. La autora desea agradecer al Dr. Gonzalo S. Aguirre, como así también a los demás miembros de la comisión, por acompañar y apoyar el proyecto.

duality, developed by Immanuel Kant, on which Arthur Schopenhauer has based his work *The world as will and representation*. Finally, there will be an attempt on performing a preliminary comparison of the political philosophies of both authors, with an emphasis on the influence that their respective philosophical theories had in their theories about the State. In this sense, this work will try to show the influence that the emancipation of the subject-object distinction could have had in the macedonian transit from a conception of a liberal State to an anarchist one.

Keywords: anarchism — arthur schopenhauer — thing-in-itself — phenomenon — political philosophy — liberalism — macedonio fernández — metaphysics — noumenon — subject-object

“La Libertad es la Beldad Civil, el aire civil del mundo”
 Macedonio Fernández¹

I. INTRODUCCIÓN

En su obra *El mundo como voluntad y representación*, Arthur Schopenhauer señala que todo es un fenómeno del cerebro y que está sometido a condiciones subjetivas tan importantes que la figurada realidad desaparece, dejando lugar a un mundo completamente distinto que subyace como fundamento o cosa-en-sí de dicho mundo fenoménico.²

Acorde con sus formulaciones metafísicas, este autor adhiere a un ideario de Estado liberal, cuyo régimen de gobierno debe estar constituido por una monarquía hereditaria y no electiva. De esta manera, se neutralizaría el egoísmo inherente a cada individuo que es fruto de la voluntad como cosa-en-sí, que se expresa en cada sujeto y genera que cada cual se conciba a sí mismo como de una importancia infinita y, en consecuencia, intente afirmar su propia voluntad por encima de la de otro individuo.³

Por otro lado, en las reflexiones formuladas en *No toda es vigilia la de los ojos abiertos*, Macedonio Fernández se basa en la probabilidad de un sensacionalismo puro, estableciendo una sensibilidad única, continua,

1. FERNÁNDEZ, *Teorías*, p. 174.

2. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. II, p. 14.

3. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. II, p. 576.

incesante y sin radicación de un *yo* individual,⁴ anulándose así toda dependencia de lo externo y consecuentemente, toda otra realidad que no sea la de lo sentido.

En relación con su filosofía política, Macedonio plantea una crítica al maximalismo político que tiene como correlato una ideología política de corte anarquista. En esta línea, entiende que la inflación estatal conlleva a un malestar universal que ha estado creciendo.⁵ Para contrarrestar el menoscabo producido por este suceso, Macedonio propone un nuevo orden socioeconómico sobre la base de la creación de lo que él llama la "ciudad-campo". En ella, se procura la reducción del poder público, el aumento de la producción directa e inapropiabilidad del capital natural, así como también el incremento de la libertad individual y de la vida familiar.⁶

En este marco, el presente artículo tiene por fin mostrar que la diferencia clave entre estos autores radica en que Macedonio Fernández se aparta de la dualidad sujeto-objeto, ampliamente desarrollada por Schopenhauer en *El mundo como voluntad y representación* y que es tomada por este de la distinción de Immanuel Kant entre *fenómeno* y *noúmeno*.⁷ Asimismo, esta diferencia metafísica creemos se ha visto reflejada en la concepción del Estado de Schopenhauer, mientras que en Macedonio ello no resulta del todo evidente.

II. ARTHUR SCHOPENHAUER: EL SER Y LA ESENCIA DE LAS COSAS COMO EL FENÓMENO DE UNA VOLUNTAD VERDADERAMENTE LIBRE

II.A. Visión metafísica

II.A.1 Sobre la distinción entre fenómeno y cosa-en-sí

En *Crítica de la filosofía kantiana*,⁸ Schopenhauer señala que ha sido el mayor mérito de Kant la distinción entre el fenómeno y la cosa-en-sí.

4. SALVADOR, *Macedonio Fernández, creador de lo insólito*, pp. 66-67.

5. FERNÁNDEZ, *Teorías*, p. 123.

6. FERNÁNDEZ, *Teorías*, p. 181 y ss.

7. KANT, *Crítica de la razón pura*, p. 329 y ss.

8. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. I, p. 522.

Ella se fundamenta en la constatación de que entre nosotros y las cosas siempre se encuentra el intelecto, razón por la cual las cosas no pueden ser conocidas por lo que son en sí mismas. Esta diferenciación, como doctrina de la completa diversidad entre lo ideal y lo real, resulta para Schopenhauer el rasgo fundamental de la teoría kantiana.

Es cierto que no ha sido Kant el que arribó al conocimiento de que el fenómeno es el mundo como representación y la cosa-en-sí es la voluntad. Sin embargo, según Schopenhauer, ha sido él quien ha demostrado que el mundo fenoménico está tan condicionado por el sujeto como por el objeto. En este orden, al aislar las formas más universales del fenómeno, esto es, de la representación, demostró que uno conoce estas formas y las percibe conforme a su íntegra legalidad, no solo partiendo del objeto sino también del sujeto. Pero estas no son más que las dos fronteras comunes y, al seguir las, no se penetra en el interior del sujeto o del objeto; es por ello que no se conoce la esencia del mundo, la cosa-en-sí.⁹

Schopenhauer critica a Kant por no haber tomado a la cosa-en-sí como objeto de un análisis especial o de una deducción clara. Por el contrario, destaca que este solo ha utilizado el concepto a colación ante la necesidad, en el razonamiento de que el fenómeno —es decir, el mundo visible— debe tener un fundamento, una causa inteligible que no sea fenómeno y que, en consecuencia, esté fuera de toda experiencia posible.¹⁰

Por el camino de la representación, nunca podría sobrepasarse a la representación misma. Ella es un todo cerrado y no contiene ninguna conexión que lleve al conocimiento de la cosa-en-sí. En este sentido, si fuéramos únicamente seres capaces de tener representaciones, el camino hacia la cosa-en-sí no estaría completamente vedado. Sin embargo, Schopenhauer —contrariando las formulaciones de Kant sobre la incognoscibilidad de la cosa-en-sí— considera que existe otro flanco del nuestro propio ser que puede informarnos sobre el ser-en-sí de las cosas: la encuentra en la voluntad, que se revela de forma inmediata en cada sujeto como el en-sí de su propio fenómeno.¹¹

El proceder correcto que plantea Schopenhauer para conocer aquello que no es fenómeno es partiendo inmediatamente de la voluntad y ratifi-

9. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. I, p. 526.

10. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. I, p. 606.

11. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. I, pp. 607-608.

cando a esta como el en-sí de nuestro fenómeno. De esta manera, se nos ofrece esa exposición del carácter empírico e inteligible y a la vez se evidencia cómo todas las acciones —aunque condicionadas por los motivos— son atribuidas exclusivamente al propio autor, a quien únicamente se le atribuye la culpa o el mérito de ellas. Solo este es el camino para conocer aquello que no se rige por las leyes del fenómeno, en tanto es aquello que se revela y se objetiva a través de este: la voluntad de vivir.¹²

II.A.2. *El mundo como representación: el sujeto cognoscente y la materia*

En los “Complementos del Libro Primero” de *El mundo como voluntad y representación*, Schopenhauer trata el problema vinculado con la relación entre lo ideal y lo real, el mundo en la cabeza del sujeto y el mundo fuera de ella. Destaca que tras haberse intentado durante siglos filosofar objetivamente, se ha descubierto que lo que hace del mundo algo tan enigmático es que su existencia se encuentra atada a la consciencia en la que se hace presente. Esta condición le asigna el carácter de ideal y, en consecuencia, de mero fenómeno. Con ello, puede reconocérsele cierto parentesco con el sueño o clasificarse como tal, en tanto se trata de la misma función cerebral que mientras dormimos hace nacer un mundo completamente objetivo, la que genera la representación objetiva del mundo de la vigilia. Estos dos mundos, aunque difieren en su materia, se ven moldeados por una misma forma: el intelecto, la función cerebral.¹³

Para Schopenhauer, las cosas se encuentran vinculadas con nuestra consciencia sobre ellas. El hecho de que nos hallemos tan insertos en el tiempo, el espacio, la causalidad, y en todo el proceso de la experiencia es algo que no podría ser posible si nuestro intelecto fuera algo diferente a dichas cosas. El intelecto mismo crea este orden y solo existe para las cosas, de la misma manera que ellas están allí para él.¹⁴

De esta manera, no podría haber una existencia absolutamente objetiva y en-sí. Esta sería imposible de imaginar, ya que lo objetivo —en cuanto tal— tiene siempre su existencia en la consciencia de un sujeto; es su repre-

12. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. II, p. 312.

13. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. II, p. 14.

14. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. II, p. 19.

sentación y, por lo tanto, está condicionada por las formas de esta y de la conciencia, que dependen siempre del sujeto y no del objeto.¹⁵

Es importante dejar en claro que la existencia condicionada por un sujeto cognoscente es únicamente la existencia en el espacio, es decir, de algo extenso y que actúa, una existencia para algún otro. Por otro lado, todo lo que existe de este modo puede tener, a su vez, una existencia en sí, para la que no precisa sujeto alguno, pero esta existencia no puede ser ni extensión ni actividad, sino que debe ser necesariamente de otro tipo: la cosa-en-sí nunca puede ser objeto.¹⁶ El idealismo trascendental que plantea Schopenhauer mantiene intacta la realidad empírica del mundo, pero ateniéndose a que cada objeto está condicionado por el sujeto: materialmente —como objeto en general, desde que una existencia objetiva es pensable solamente frente a un sujeto y como parte de su representación— y formalmente, ya que el modo y manera del objeto, es decir, del verse representado —espacio, tiempo, causalidad— surge del sujeto y se encuentra predispuesto por este.¹⁷

En esta línea, el mundo como representación tiene dos polos. Estos son el sujeto cognoscente sin las formas de su conocer y la materia sin forma ni cualidad. Ambos son incognoscibles. El primero porque es lo que conoce, la segunda porque no puede ser intuita sin forma ni cualidad. Sin embargo, juntos forman las condiciones necesarias para la intuición empírica. De esta forma, frente a la materia bruta e inerte, es decir, sin voluntad y no dada en la experiencia, se opone el sujeto cognoscente que resulta el presupuesto de dicha experiencia. Así, desde la perspectiva de Schopenhauer, la materia y el intelecto son inseparables: solo existen el uno para el otro. La materia representa al intelecto, y esto es lo único en cuya representación existe la materia. Ambos conforman el mundo como representación, que es el fenómeno de Kant, es decir, lo secundario. Lo primario es lo que este manifiesta, la cosa-en-sí, es decir, la voluntad, que no es lo representado sino algo totalmente diferente del mundo fenoménico.¹⁸

15. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. II, p. 15.

16. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. II, p. 17.

17. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. II, p. 29.

18. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. II, pp. 25-27.

II.A.3. *La cosa-en-sí como voluntad de vivir*

Como se ha visto en el apartado anterior, desde el camino objetivo, partiendo de la representación, nunca se sobrepasará a la representación misma, es decir, al fenómeno. Sin embargo, nosotros no somos únicamente el mero sujeto cognoscente, sino que formamos parte del ser que conoce: nosotros mismos somos la cosa-en-sí. En este entendimiento, se nos abre un camino desde el interior hacia esa esencia propia o íntima de las cosas, dado que la cosa-en-sí solo llega a la consciencia de forma inmediata, haciéndose consciente de sí misma. El pretender conocerla objetivamente significaría algo contradictorio, ya que todo lo objetivo es representación, mero fenómeno. En verdad, nuestro querer es la única oportunidad para comprender desde el interior un proceso que se nos presenta exteriormente. Este es lo único inmediatamente dado y que no es, como todo lo demás, mera representación.¹⁹

La voluntad es completamente diferente de su fenómeno y libre de todas sus formas. Incluso, la forma más universal de la representación, la de un objeto para un sujeto, no le corresponde. Mucho menos le concierne entonces las formas genéricas que se hallan subordinadas a ella, al que pertenecen el tiempo y el espacio. El concepto de voluntad proviene del fuero interno, de la conciencia más inmediata del sujeto. En ella, este se reconoce como individuo conforme a su esencia más íntima, al margen de cualquier forma.²⁰

Esta voluntad devela la esencia íntima de las cosas de la naturaleza. No se trata en modo alguno de una dimensión desconocida, sino, por el contrario, de algo conocido inmediatamente y que, en realidad, nos es muy familiar, de manera tal que nosotros mismos conocemos y comprendemos la voluntad mejor que cualquier otra cosa. De esta manera, Schopenhauer entiende que lo único conocido en la autoconsciencia de los individuos es la voluntad y que esta no es solo el querer y el decidir en sentido estricto, sino que también es todo anhelar, desear, rehuir, esperar, temer, odiar y amar. Esta voluntad es todo lo que constituye inmediatamente el placer y el displacer; es agitación, modificación del querer y no querer, es todo aquello que cuando obra hacia el exterior se presenta propiamente como acto de la voluntad.²¹

19. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. II, p. 191.

20. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. I, p. 201.

21. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. II, p. 197.

II.B. Teoría del Estado

II.B.1. El surgimiento del Estado a partir de la suma de egoísmos

Al conocimiento inmediato de la propia voluntad, se le debe hacer surgir en la conciencia de los individuos el concepto de libertad. Ello así, desde que esta voluntad, en tanto creadora del mundo, como cosa-en-sí, se encuentra libre del principio de razón y con esto de toda necesidad: es omnipotente, libre e independiente.²²

Sin embargo, tanto las formas de la naturaleza como la pluralidad de los individuos no conciernen a la voluntad, sino a su objetivación. La voluntad es indivisible y se presenta en cada fenómeno: los individuos ya están determinados por ella como fenómenos suyos en el tiempo, de forma tal que el carácter empírico de cada hombre, de cada especie animal o vegetal y aún de cada fuerza de la naturaleza inorgánica debe verse como manifestación del acto de una voluntad indivisible y fuera del tiempo y espacio.²³

En este marco, el individuo al mirar en sus adentros reconoce su esencia, que es la voluntad, lo único real. Desde este lugar, se concibe a sí mismo como el centro del mundo y se considera de una importancia infinita. Cualquier *yo*, visto desde ese interior, lo es todo. No obstante, visto desde el exterior su significancia resulta casi nula. Esta es la gran diferencia entre lo que cada uno es para sí mismo y lo que se es a los ojos de los demás. En la conciencia común, no depurada por la filosofía, la voluntad se confunde de inmediato con su fenómeno y se atribuye a este lo que solo le incumbe a ella: de esta manera nace lo que Schopenhauer llama la *ilusión de la libertad incondicionada del individuo*.²⁴ Cada sujeto cognoscente es de hecho y se considera como la íntegra voluntad de vivir o el en-sí del mundo mismo. Es por esto que cada cual quiere todo para sí; cada individuo quiere poseerlo y dominarlo todo. A consecuencia de ello, se explica por qué cada sujeto tiene en cuenta su propia existencia por encima de las de los demás y está dispuesto a sacrificarlo todo a fin de prolongar su propio *yo*. Esta

22. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. I, pp. 607-608.

23. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. I, p. 247.

24. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. I, p. 608.

intención es inherente a todas las cosas de la naturaleza y es denominada por Schopenhauer como *egoísmo*.²⁵

Desde que la voluntad se presenta como la autoconfirmación del propio cuerpo en una gran variedad de sujetos que coexisten, el egoísmo propio de todos ellos genera que la voluntad de uno de estos puede sobrepasar tal afirmación y negar esta misma voluntad que surge en otro individuo. De esta manera, la voluntad de un individuo puede irrumpir en la afirmación de la voluntad de otro sujeto, lesionando su cuerpo o bien obligándole a poner sus fuerzas al servicio de su propia voluntad. En esta línea, cuando ese individuo sustrae a la voluntad que se manifiesta en otro cuerpo, incrementa con ello las fuerzas que sirven a su propia voluntad, afirmando a esta por encima de la de su propio cuerpo, por medio de la negación de la voluntad que se manifiesta en un cuerpo ajeno. Tal afirmación desmedida de la voluntad propia por sobre la voluntad del otro es lo que este autor llama *injusticia*.²⁶

Este obrar injusto, que resulta del egoísmo, tiene como consecuencia el dolor que sufre aquel otro individuo a partir de la negación de su propia voluntad. Es por ello que, con el fin de reducir el sufrimiento en tanto fuere posible, los hombres llegan a la decisión de realizar un sacrificio colectivo que va a prevalecer debido a la ventaja que este implica.

Así, fue —a partir de la razón— que los hombres advirtieron que el goce que surge como consecuencia del obrar injusto en un individuo queda siempre sobrepasado por un sufrimiento proporcionalmente mayor que padece otro sujeto como resultado de la injusticia. Entonces, se reconoció que, tanto para disminuir dicho sufrimiento como para distribuirlo de la manera más homogénea posible, el medio más eficiente sería que todos renuncien al goce que se consigue mediante este obrar injusto. Este medio, ideado y perfeccionado por el uso de la razón, que procede de forma metódica y que hace abandonar el punto de vista parcial del egoísmo, es el contrato social o la ley. Previo a este *contrato*, no existiría ningún Estado; aquel es la génesis de este y la situación que le precedió resulta indiferente.²⁷

25. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. II, pp. 580-581.

26. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. I, p. 432.

27. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. I, pp. 441-442.

II.B.2. La protección ante la injusticia como fin del Estado

En el capítulo 47 del segundo volumen de *El mundo como voluntad y representación*, Schopenhauer aborda al Estado como una institución protectora, necesaria por los diversos ataques a los que se hallan expuestos los hombres y contra los que no pueden defenderse por sí mismo. Asimismo, destaca que existen tres tipos de protección como fines últimos del Estado.²⁸

En primer lugar, se encuentra la protección exterior. Esta puede volverse necesaria tanto ante fuerzas naturales inertes o de animales salvajes como también frente a otros hombres. A consecuencia de esta necesidad, los hombres deciden comenzar a actuar siempre defensivamente y evitar comportarse de manera agresiva contra otros pueblos; así, reconocen el derecho de gentes, generándose de esta manera un cierto grado de moralidad en la relación de los pueblos entre sí y cuyo mantenimiento encuentra su fundamento en el honor. Por otro lado, la protección interior, esto es, la salvaguardia mutua de los miembros de un Estado, se origina a partir del afianzamiento del derecho privado mediante el mantenimiento de un estado jurídico en el cual las fuerzas del conjunto de los individuos protejan a cada cual en particular.²⁹

En cuanto a la garantía del derecho público, como última forma de protección, Schopenhauer considera que parece lograrse más cabalmente en tanto exista una disociación de los tres poderes: el legislativo, el judicial y el ejecutivo; siendo administrados cada uno de ellos por alguien distinto e independiente a los otros dos. Sin embargo, para este autor la probabilidad de que exista un Estado perfecto resulta completamente nula, toda vez que para la conformación del mismo primero tendrían que existir seres cuya naturaleza fuera capaz de tolerar el sacrificio del bien propio al público. Entonces, dado que estos seres no existen y no existirán, a causa del egoísmo que es inherente a todos los hombres, Schopenhauer entiende que lo más conveniente sería que haya una familia cuya prosperidad sea inseparable de la del país, de modo tal que, al menos en lo principal, nunca pueda buscar su propio bienestar sin fomentar al mismo tiempo el del Estado.³⁰

28. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. II, pp. 569-583.

29. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. II, pp. 575-576.

30. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. I, p. 442.

A partir de las formulaciones precedentes surge claramente el gran valor que Schopenhauer le confiere al principio monárquico. Esta preferencia por este tipo de régimen de gobierno obedece además al hecho de que, siendo que los hombres siempre siguen siendo hombres, este autor entiende que se debería colocar a uno tan alto y otorgarle tanta riqueza, poder, seguridad e inviolabilidad absoluta de forma tal que no le quede nada que desear, esperar o temer. Así, se neutralizaría el egoísmo que le es tan inherente a él como a cada cual y quedaría capacitado para administrar la justicia atendiendo únicamente al bien común. Asimismo, esta monarquía debería ser hereditaria y no electiva a fin de que nadie pueda ver al rey como a un igual; y, por otro lado, el rey solo pueda cuidar a sus descendientes velando por el bien del Estado, que va a identificarse con el de su familia.³¹

III. MACEDONIO FERNÁNDEZ: LA EXISTENCIA COMO PURA SENSIBILIDAD

III.A. Perspectiva metafísica

III.A.1. Un fenomenismo inubicado

La realidad, en su aspecto metafísico, es comprendida por Macedonio como un *fenomenismo inubicado*; esto es, una discontinuidad de estados, carente de ubicación tanto en lo exterior como en lo interior. Este fenomenismo implica tanto pluralidad como discontinuidad; y ambas se desenvuelven sin ningún *en*, o sea ni en un sujeto o *yo* ni en un mundo exterior: ni como materia ni como espíritu. Un proceso de ubicación en el *yo* o fuera del *yo*, es lo que genera la oposición entre materia y psiquis, que para este autor carece de todo valor metafísico. En el *idealismo absoluto* que afirma Macedonio solo existen los estados, imágenes y afecciones de nuestra alma. La realidad, como conglomerado de fenómenos libres, es un desorden en donde no existe tiempo, ni espacio, ni sujeto, ni objeto, ni materia, ni conciencia, ni psique, ni *yo*, ni causalidad.³²

31. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. II, p. 576.

32. FERNÁNDEZ, *No toda es vigilia la de los ojos abiertos*, pp. 50-60.

En este sentido, aseverar un orden de sucesión entre fenómenos; es decir, establecer que tal fenómeno es seguido por tal otro o que un fenómeno no puede existir, sino en relación con otro, implica aseverar una necesidad de las cosas o realidad que es contradictoria con el aspecto de total libertad y espontaneidad de ellos. Para Macedonio, todo conocer no es más que conocer fenómenos: conocer el dolor, el rojo, lo amargo, el contacto, lo frío, lo aromático. La realidad es planteada por él como una *fenomenalidad*, en la cual no existe ley, orden o necesidad alguna.³³

III.A.2. Emancipación del dualismo sujeto-objeto

En relación con la visión metafísica de Schopenhauer, Macedonio advierte una única falla. Considera que esta no ha alcanzado su total emancipación debido a un automatismo intelectual que ha consistido en caer en el error de dejarse influir por lecturas de otros. El distingo sujeto-objeto es considerado por Macedonio como una "mera verbalidad".³⁴ Buscando lo permanente o esencial bajo los estados, se ha caído inevitablemente en la creación de lo típicamente inesencial: el *noúmeno* de Kant, el mundo como representación.³⁵ Así, Macedonio, en una nota al pie en su obra *No toda es vigilia la de los ojos abiertos*, critica a Schopenhauer por haber tomado la distinción de Kant entre fenómeno y cosa-en-sí:

"[...] ¡Ah, Schopenhauer, si hubiera sido usted tan amigo del lector como es mío, habría renunciado a ese Yo que mantiene vacante en la lamentable gramaticalidad "sujeto-objeto" (mire que un metafísico dejarse escamotear por lo más inocuo que hay en el mundo, la gramática, haber vivido engañado por un dualismo de anagnosias, creyendo que el grotesco y gracioso, terrífico y seduciente Ser, el horror e idilio de ser, espantable de inexorable eternidad como usted y yo, había sido también enseñadito en la Instrucción Pública (¡Obligatoria!) reservándolo para ubicarlo luego, tras numerosas dilaciones, anuncios, renuncios, y en grandioso Desenlace, en la Voluntad: superficial solución; no pensó que, si algo necesita un yo, todo lo necesita; como todo es estado, un sentir, si la voluntad es el yo (de la Representación), ¿cuál es el yo de la voluntad? Y si la Voluntad (sencillamente deseo, apetito)

33. FERNÁNDEZ, *No toda es vigilia la de...*, p. 62.

34. FERNÁNDEZ, *No toda es vigilia la de...*, p. 66.

35. FERNÁNDEZ, *No toda es vigilia la de...*, p. 195.

no es estado, nada es. Lo que no es nada es tu representación: el Placer-Dolor, la Afección lo es todo. Tu pobre Representación, que no es más que una paginita de geometría frente a la Pasión, a las agonías, ¡al delirio idílico! ¡Schopenhauer! ¡Schopenhauer!)...”.³⁶

Macedonio niega un correlativo —*noúmeno*, sustancia— más allá de lo sentido. A esta actitud dualista, la desecha desde que la sensibilidad, para él, no puede ser situada espacialmente. El cuerpo, como concepto táctil-visual, no puede ser ni el *yo* para todos los demás estados, ni tampoco el lugar de situación de la sensibilidad total. La referencia a un estado como propio es falsa: la relación posesiva es tan imposible de representar como los estados de los otros.³⁷

En la sensación pura o contemplación absoluta, sujeto u objeto no aparecen; no hay nada más que ella misma. Ella no es sentida por nadie: es frío, es rojo, es agudo, es dulce, es dolor y nada más. Según Macedonio, pretender que además de la sensación de frío haya un sujeto que la siente, es caer en el mismo concepto de la *materia* y equivale a decir que —además del color, sabor, suavidad y resistencia de una naranja— existe la materia de la naranja, el *yo* de ese cuerpo, de ese núcleo de posibilidad de sensaciones, una sustancia fuera del fenómeno, que para este autor es todo lo que existe. De esta forma, la antítesis *fenómeno y noúmeno* incorporada por Kant a la metafísica³⁸ es considerada por Macedonio como carente toda misión y valor como una noción perturbadora y hueca.³⁹

El dualismo sujeto-objeto y toda externalidad son ajenas al ser.⁴⁰ La realidad planteada por Macedonio es únicamente la de los fenómenos conocidos. Ellos constituyen toda la sustancia del ser, y no se trata en absoluto de apariencias ni manifestaciones de algo incognoscible, *noúmeno*.

36. FERNÁNDEZ, *No toda es vigilia la de...*, pp. 306-307.

37. FERNÁNDEZ, *No toda es vigilia la de...*, pp. 322-323.

38. KANT, *Crítica de la razón pura*, pp. 331-332.

39. FERNÁNDEZ, *No toda es vigilia la de...*, p. 155.

40. En *Macedonio Fernández, filósofo. El sujeto, la...*, Marisa Alejandra Muñoz plantea que podría pensarse entre uno de los motivos que llevan a Macedonio a declarar como inexistencias al yo, materia, mundo, espacio y tiempo, uno estaría relacionado con el rechazo a la teoría del “noúmeno”. Esta reducción a inexistencias buscaría, entonces, la conformidad con el mundo como no objeto, el yo como estado. MUÑOZ, *Macedonio Fernández, filósofo. El sujeto, la...*, p. 222.

Para conocer metafísicamente estos meros fenómenos o estados, que son la sustancia misma del mundo o ser, basta con contemplarlo o percibir un fenómeno cualquiera de forma aislada y sustraído de la influencia aperceptiva de otros fenómenos. Esto es lo único indispensable y necesario para comprender su inteligencia.⁴¹

Macedonio considera que el fenómeno es la única realidad posible. Este no es la apariencia de otras cosas, es decir, sustancias o noúmenos, sino la realidad plena y total. Es toda la posibilidad del ser. Así, este autor describe como una "noción infantil" el imaginarse que el color rojo de un clavel o uno de los violentos dolores de esta vida puedan ser solo apariencias de otras cosas más sustanciales, cuando todo ello se encuentra fuertemente colmado de realidad. De este modo, suprimiendo lo que Macedonio llama el "concepto-prejuicio de apariencia y fantasmas del *noúmeno*", se comprende entonces la realidad como un conglomerado de fenómenos no sujeta a necesidad ni causalidad alguna. En ella no existen el tiempo, ni el espacio, ni el *yo*, ni la materia; solo hay fenómenos que parecen aludir a estados psicológicos, pero que en verdad no lo son, desde que para Macedonio toda modificación del ser, como también todo lo que existe y ocurre no es ni psicológico ni material. Los fenómenos no se producen en ninguna psiquis, ni en ninguna materia, como tampoco en un momento determinado del tiempo y espacio.⁴²

Apariencia y sustancia, esto es, *fenómeno* y *noúmeno* es una categoría que Macedonio encuentra como falsa y lamentable. El no sentir diferenciación, diferencia entre el ser o existir de un fenómeno y su no existencia en el tiempo y espacio es la categoría que debió haber servido de fundamento de toda metafísica. La categoría que presenta Macedonio reviste la cualidad de una oposición perfecta: es la diferencia perfecta en la cual los términos diferentes no ofrecen rasgo común. El único elemento común de toda diferencia es la existencia; materia y espíritu; rojo y verde; placer y dolor; caliente y amargo son tan diferentes como existencia e inexistencia.⁴³

41. FERNÁNDEZ, *No toda es vigilia la de...*, p. 169.

42. FERNÁNDEZ, *No toda es vigilia la de...*, p. 171.

43. FERNÁNDEZ, *No toda es vigilia la de...*, p. 174.

III.A.3. *Lo afectivo: sobre su vinculación con la voluntad y su irrepresentatividad*

En *No toda es vigilia la de los ojos abiertos*,⁴⁴ Macedonio destaca que ha sido el genialísimo pensamiento de Schopenhauer al que se le debe la incorporación de lo afectivo al campo de la metafísica. Se trata de esa sustancia que Schopenhauer asigna tanto al sujeto como al objeto, denominándola "voluntad" y denunciándola como negativamente afectiva: caracterizada por un matiz hedónico negativo como esencial y constantemente dolorosa.

Para Schopenhauer, la esencia tanto del sujeto como del objeto, del *yo* como del mundo exterior, es la voluntad; es decir, un esfuerzo, un deseo. El pesimismo de esta argumentación se traduce en que, desde que el estado sustancial del *yo* es el deseo, y siendo que el deseo es un dolor —dado que en el estado de deseo el *yo* busca algo que le falta o que no posee y, por tanto, se trata de un estado de insatisfacción, sufrimiento e incompletud— estamos sujetos a un existir penoso: el deseo, al igual que el dolor son la constante, en un mundo en donde la satisfacción ocupa un lugar extremadamente breve. Todo placer es negativo y primario: es una interrupción momentánea del ambiente interno permanente.⁴⁵

En cuanto a la representatividad de lo afectivo, Macedonio advierte que existe una cierta ineptitud por parte de la metafísica para alcanzarla. De esta manera, el dolor y el placer se sienten, pero no es posible su concepción a través de imágenes por medio de la inteligencia. A partir de ella solo pueden manipularse sensaciones, percepciones y sus imágenes: auditivas, visuales, táctiles, etc. Sin embargo, esta no logra concebir el dolor y el placer desde que ello implica imaginar o formar una imagen con relación a un estado y lo que ocurre es que la imagen, a diferencia del placer-dolor, tiene límites. No podríamos concebir o representarnos el dolor y, por consiguiente, trasladarlo a los términos de la inteligencia toda vez que el dolor o el placer presente es de algo informe e inasible que domina y llena el ser sin presentar contornos o forma.⁴⁶

Por otro lado, tanto los estados afectivos como los representativos son evocables y todas estas evocaciones poseen la misma naturaleza: son

44. FERNÁNDEZ, *No toda es vigilia la de...*, p. 67.

45. FERNÁNDEZ, *No toda es vigilia la de...*, p. 68.

46. FERNÁNDEZ, *No toda es vigilia la de...*, pp. 74-75.

estados actuales. El recuerdo de una emoción es una emoción actual; el dolor físico o moral, un dolor actual; el recuerdo de una sensación y percepción es una sensación nueva y al mismo tiempo la misma. En esta línea, Macedonio hace una comparación entre los estados de gran imaginación, de delirio o ensueño con los estados que surgen a partir de los recuerdos y de ella deduce que ambas evocaciones generan el mismo grado de intensidad propia y asociativa. En el ensueño o en la meditación profunda, las imágenes son tan vivas como la percepción actual, de igual naturaleza sería el llamado recuerdo afectivo. Se trata de una reviviscencia, un estado actual, pues en la realidad exterior o interior ninguna puede ser imagen de otra, representación o apariencia de otra. Todas existen de forma plena y para sí: nada ha venido a este mundo con ganas de ser reflejo o representación de otras cosas.⁴⁷

La evocabilidad en Macedonio no es motivo de diferencia real entre representación y afección. La reviviscencia emocional, afectiva, es un hecho constante, normal, tanto como si se tratara de un fenómeno espontáneo como si fuera un fenómeno buscado o provocado. Asimismo, esta evocabilidad no es condición de pensamiento; se puede pensar sobre una presentación actual lo mismo que sobre su imagen, sobre una emoción actual, lo mismo que esa emoción recordada. En este sentido, siendo que todo estado resulta un hecho puramente afectivo, no pueden ser algunos pensables y otros no. Todos ellos —imagen, percepción, sensación y sentimiento— son siempre placer y dolor en diversos grados de intensidad. Para Macedonio, todo fenómeno o estado es afectivo;⁴⁸ todo lo que sucede o existe es placer o dolor, visual, auditivo, táctil, muscular, olfativo y gustativo. Las especificidades, es decir, la diferencia que existe entre lo auditivo y lo táctil, por ejemplo, es puramente de intensidad de placer o dolor, y ello encuentra relación con una noción primaria de que nada puede ser experimentado por el ser que no sea grato o penoso.⁴⁹

47. FERNÁNDEZ, *No toda es vigilia la de...*, p. 75.

48. En *Macedonio Fernández, filósofo. El sujeto, la experiencia y el amor*, Marisa Alejandra Muñoz sostiene que el método de Macedonio podría describirse como un reduccionismo a partir del cual se va eliminando todo lo contingente y se va dejando aislado lo que se denomina como "estado de afección". MUÑOZ, *Macedonio Fernández, filósofo. El sujeto, la...*, p. 232.

49. FERNÁNDEZ, *No toda es vigilia la de...*, p. 76.

III.B. Filosofía política

III.B.1. La inflación estatal como causa política

En el texto "No existe problema social-económico",⁵⁰ Macedonio asegura la existencia de un malestar que se ha visto en aumento en su época y que consiste en un conjunto de efectos psicológicos, sociales y económicos que encuentran su fundamento en una causa política.⁵¹

Para este autor, la causa política es la inflación estatal; expresa que ni siquiera el comercio, que tanto aprovecha y requiere de la libertad, ha hecho algo contra el proceso de usurpación que se ha apropiado de las iniciativas individuales y las ha entregado a los poderes del Estado. En este contexto, Macedonio afirma la necesidad de que en la Argentina todos se convenzan del hecho de que la mayoría de la población ha entrado en lo que él denomina como "maximalismo político"; así, dicha población podría percatarse más fácilmente del error y de los perjuicios que este suceso ha estado provocando, desde que todo lo que pueda hacer el Estado para reglamentar el contrato "capital-trabajo" conlleva a la confusión y a la pobreza.⁵²

En este sentido, siendo que la inflación estatal es considerada por Macedonio como la fuente del malestar general imperante, las únicas dos funciones legítimas de las que debe hacerse cargo el Estado son las que él denomina como la "doble milicia": el Ejército, comprendiendo también la Diplomacia; y la Policía, incluyendo la Justicia Criminal. Ambas funciones se encuentran actualmente perjudicadas en su moral y conveniencias, debido a que, tal como lo ha pronosticado Spencer, al posesionarse el Estado de funciones que no le competen abandona las funciones propias y todos los favores le son otorgadas a aquellas.⁵³

50. FERNÁNDEZ, *Teorías*, pp. 123-133.

51. En *Teorías*, Macedonio afirma que nunca pudo haber existido un problema social económico, ni lucha o conflicto de clases espontánea. Ella solo existe a partir de la deliberada inspiración de ciertas inteligencias sobresalientes: Fournier, Marx, Bakunin, Lasalle, Turati, Justo, H. George, Engels, Proudhon, Kropotkin. Desde esta perspectiva, el error que para Macedonio contienen las ideas de estos autores consiste en hacer de un objetivo moral —el altruismo social— un objetivo jurídico-político: intentar sustituir una conducta de ejemplo y preconización por una conducta de "coerción". FERNÁNDEZ, *Teorías*, p. 123.

52. FERNÁNDEZ, *Teorías*, p. 126.

53. FERNÁNDEZ, *Teorías*, p. 127.

El maximalismo es comprendido por Macedonio como una “manía tiránica”, manía de gobernar que se ha visto en aumento en las democracias y plutocracias.⁵⁴ Cada ley u orden emanado por el Estado, que disponga una nueva actividad asumida por este, es entendida por él como un nuevo empobrecimiento del individuo; y cada porción de libertad arrebatada a este configuraría un nuevo estadio de empobrecimiento nacional.⁵⁵

Así, en “Brindis a Marinetti” del año 1926, este autor declara:

“[...] En materia política soy adversario vuestro (quizá esto no se sabe en todos los continentes), pues mientras parecéis pasatista en cuanto a teoría del Estado, lo que impresiona contradictorio con vuestra estética, y creéis en el beneficio de las dictaduras, provisorias o regulares, yo no conservo de mi media fe en el Estado, más que la mitad, por haberla repartido con nuestro fundador Hidalgo, a quién debemos nuestra presencia aquí. Me quedó una cuarta parte de fe estatal, la indispensable para no confundir dos cosas fiscales: los faroles con los buzones, al confiar a estos la redacción de mis cartas”.⁵⁶

Por otro lado, en “Carta abierta argentino-uruguaya”, Macedonio critica el excesivo despliegue normativo por parte del poder político:

“Seguramente que la publicidad en vuestra revista me lisonjea y contenta, siempre que no me paséis una cuenta extremosa, atento a que me falló el pedido de \$10.000 que hice al Congreso, en compensación de cuyo socorro me comprometía a permanecer ausente del país hasta mi regreso: intriga fácil de explicar si digo que soy el único habitante que se ha impuesto la absorbente ocupación de cumplir todas las leyes dictadas cada semana, lo que me da aire tan triste y desbaratado que constituyo para los congresales un espectáculo lacerante, irrisorio, un asedio de remordimientos y malos recuerdos de tanto legislante disparatar”.⁵⁷

54. FERNÁNDEZ, *Teorías*, p. 167.

55. FERNÁNDEZ, *Teorías*, p. 132.

56. FERNÁNDEZ, *Papeles de reciénvenido y continuación de...*, p. 61.

57. FERNÁNDEZ, *Papeles de reciénvenido y continuación de...*, pp. 39-40.

En síntesis, Macedonio considera que el maximalismo político se ha inmiscuido en el ámbito de la acción libre individual y ha ocasionado un empobrecimiento profundo con apariencia de riqueza, debido a la impresión que genera la concentración de capital, lujo y maquinismo. Sin embargo, aquél no es más que una tiranía de monarquías y repúblicas y de todos los ámbitos del poder político; empobrecedora tanto de la economía como de la psicología del individuo. Por lo tanto, es necesario reconsiderar la inflación jurídico-económica de las funciones del Estado, dado que configura un retroceso histórico inexplicable en todas las naciones y órdenes políticos.⁵⁸

Siguiendo los lineamientos precedentes, al realizar una comparación entre las ideas políticas de Macedonio y sus concepciones metafísicas, puede verse claramente una diferencia entre, por un lado, una necesidad de exaltar la figura del individuo que se ve reflejada en su filosofía política —a favor de la reducción de las funciones atribuidas al Estado— y, por otro lado, una teoría metafísica basada en una sensibilidad ayoica,⁵⁹ que no encuentra radicación en el individuo y que es comprendida, como se ha visto más adelante, como un conglomerado de fenómenos, un desorden en donde no existe tiempo, ni espacio ni sujeto ni objeto ni materia ni conciencia ni *psique* ni *yo* ni causalidad.⁶⁰ De esta manera, el idealismo absoluto que propone Macedonio en una metafísica que anula la existencia del *yo* —el ser o estado es ayoico—⁶¹ se encuentra en contraposición con una ideología política que pone foco en la necesidad de promover las iniciativas del individuo y de reducir los poderes que le son atribuidos al Estado.

III.B.2. *Beldad Civil: el Individuo Máximo en el Estado Mínimo*

En "Mi folleto", Macedonio propone la "fórmula de la conveniencia económica humana". En primer lugar, señala que debe desistirse en gran parte del urbanismo y de la división del trabajo. La mayor prosperidad y comodidad moral en la sociedad es considerada por él como proporcional al número de horas promedio cotidianas de estar los padres junto a

58. FERNÁNDEZ, *Teorías*, p. 159.

59. OTHONIEL ROSA, *Comienzos para una estética anarquista: Borges...*, pp. 132-135.

60. FERNÁNDEZ, *No toda es vigilia la de...*, p. 62.

61. FERNÁNDEZ, *No toda es vigilia la de...*, pp. 330-331.

los hijos. Es por ello que debe lograrse un mínimo de tiempo de estar las personas en la calle y un máximo de estar en la casa junto a la familia. Asimismo, Macedonio sugiere que el 50% de todo el consumo de un obrero y su familia debe ser de producción directa y, en consecuencia, cada hogar debe tener un área de tierra en donde se pueda cultivar. Lo que se pretende lograr con esta propuesta es que no existan personas que solo vivan para el jornal, es decir, solo para vender trabajo por dinero y comprar mercaderías con dinero.⁶²

Para cumplir con el arreglo socioeconómico expuesto, Macedonio presenta una idea que denomina “ciudad-campo” o “beldad civil”. Esta ciudad debe estar conformada por dos o tres calles situadas en torno a bosques o praderas, o a lo largo de una rivera lacustre, fluvial o marítima, donde pueda delimitarse una zona para el trabajo extensivo y para sectores de fábricas. Lo más relevante de este proyecto es lograr que esta ciudad-campo ayude a prolongar la vida familiar.⁶³

De esta forma, las grandes ciudades desaparecerían y con ello se contribuiría a disminuir las guerras. Además, la abundancia de productos crecería de manera tal que nadie en adelante se preocuparía por quejarse en relación con las diferencias de riqueza, aunque esta se produjera.⁶⁴

Por otro lado, en “Anotaciones de un cuaderno de todo y nada”⁶⁵ del año 1946, Macedonio escribe sobre la libre elección de los gobernantes. Para él, esta no es más que un símbolo de igualdad y, por ello, debe ser aceptada. Sin embargo, luego es necesario exigir al gobierno que salga de la elección libre y que los elegidos libremente entreguen la verdadera libertad e igualdad; y para lograrse esta verdadera libertad e igualdad Macedonio sostiene que lo primero que debe buscarse es que los gobiernos no se inmiscuyan en la vida individual del hombre honesto. Estos deben garantizar, desde el nacimiento, el derecho de cada hombre a usar una fracción útil de tierra —capital natural— para trabajarla en forma personal. Solo en el caso de que exista una porción de tierra que no se encuentre trabajada por algún hombre o familia, esta podría ser ocupada por cualquier otra familia u hombre que viva en el país. Una vez que cada persona tenga su fracción, la restante puede

62. FERNÁNDEZ, *Teorías*, pp. 183-184.

63. FERNÁNDEZ, *Teorías*, p. 184.

64. FERNÁNDEZ, *Teorías*, pp. 184-185.

65. FERNÁNDEZ, *Teorías*, p. 193.

ser objeto de arrendamiento por parte del gobierno a los particulares o compañías nacionales, que a ningún habitante le falte su lote si lo quiere. Esta sería la idea principal. Todo correspondería a la libre negociación y apropiación, con excepción del capital natural que nadie puede otorgar ni quitar.⁶⁶

Para Macedonio, los sistemas económicos y de gobierno pueden ser todos buenos según épocas y países; el comunismo puede ser tan inocente como el “propietarismo”. Lo sustancial reside en que exista pasión social y entusiasmo que lo vivifiquen, ya que lo único que genera un buen gobierno es una población con un gran sentimiento de reacción contra la injusticia.⁶⁷ Sin embargo, lo más importante de todo para este autor es el “saber gobernar poco”, ya que no se debe perder la esperanza de que alguna vez nadie gobierne.⁶⁸ De esta manera, en “La humanidad de la fiesta pobre. Hacia la fiesta perfecta”, Macedonio expresa:

“Lo que quíerese hoy es Vivir Otra Cosa. Ya hemos vivido el urbanismo, el maquinismo, el gubernismo, el religiosismo, el científicismo, el arte casi total académico, la humanidad en acumulaciones, el Presidente por electoralismo y para el electoralismo o Presidente Gobernado, el ultracapitalismo, el comunismo, el totalitarismo con o sin libertad de esfera no económica. Lo que no nos han dejado vivir es la Dispersión humana, la soledad relativa, la naturaleza, la familia”.⁶⁹

Como puede extraerse de los argumentos que anteceden, la visión política de Macedonio con una tendencia a la protección de la familia y a la libertad de comercio —salvo en lo que respecta al capital natural— aunque conserva una apariencia ligada a una concepción de Estado liberal, en verdad se trataría de una ideología política anarquista.

En este orden de ideas, la libertad, es decir, el Estado mínimo como “beldad civil” —consecuencia de la casi completa incredulidad de Ma-

66. En *Teorías*, Macedonio sostiene ser partidario de la absoluta libertad de comercio salvo en aquello concerniente a la distribución del capital natural, que debe estar fuera del comercio. FERNÁNDEZ, *Teorías*, p. 184.

67. FERNÁNDEZ, *Relato, cuentos, poemas y misceláneas*, p. 207.

68. FERNÁNDEZ, *Teorías*, p. 195.

69. FERNÁNDEZ, *Relato, cuentos, poemas y misceláneas*, p. 247.

cedonio con respecto a la necesidad y beneficios del Estado— estaría relacionada con una ideología de corte anarquista. Así, en “Editorial de regreso de la ‘Revista Oral’ de Córdoba”,⁷⁰ Macedonio declara: “[e]n aquel tiempo yo era socialista y materialista. Hoy soy anarquista spenceriano y místico”.

Asimismo, esta filosofía política que Macedonio describe como anarquista, spenceriana y mística, no parece en una continuidad en sus ideas metafísicas.⁷¹ Mientras que Schopenhauer, conservando el dualismo sujeto-objeto tomado de la filosofía de Immanuel Kant, mantuvo una continuidad entre su teoría del Estado y su metafísica —desarrollando una ideología política basada en la necesidad de combatir al egoísmo propio de cada sujeto como consecuencia de la voluntad que se presenta en cada uno como la autoconfirmación de su propio cuerpo—,⁷² la metafísica de la afección que plantea Macedonio —en la cual el concepto de *yo* es puesto en crisis—⁷³ no parece encontrar una correlación en una ideología política que propone un incremento de la acción libre individual al mismo tiempo que una reducción de los poderes otorgados al Estado.⁷⁴

IV. CONCLUSIÓN

A partir de las formulaciones del presente trabajo, podría plantearse que la concepción metafísica del mundo como pura sensibilidad de Macedonio Fernández no pareciera verse reflejada claramente en sus consideraciones sobre filosofía política como sí ha ocurrido con las concepciones metafísicas de Schopenhauer en su teoría del Estado.

70. FERNÁNDEZ, *Papeles de reciénvenido y continuación de...*, pp. 45-46.

71. En *Comienzos para una estética anarquista: Borges con Macedonio*, Luis Othoniel Rosa plantea que la metafísica de la sensibilidad ayoica propuesta por Macedonio puede verse reflejada en sus teorías acerca del Estado. Destaca que sus publicaciones han tenido gran influencia de la tradición anarquista social, la cual se fundamenta en la inexistencia de una frontera entre el sujeto privado y lo colectivo. En esta tradición anarquista el sujeto es solo considerado en tanto resultante de las distintas asociaciones colectivas que lo producen. OTHONIEL ROSA, *Comienzos para una estética anarquista: Borges...*, pp. 128-132.

72. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Vol. I, p. 432.

73. MUÑOZ, *Macedonio Fernández, filósofo. El sujeto, la...*, p. 229.

74. FERNÁNDEZ, *Teorías*, p. 126.

Macedonio, contrariamente de lo que sugiere en metafísica en sus ideas sobre el Estado, exalta la figura del individuo. Sin embargo, la importancia de la libertad individual —reflejada en la conveniencia de un Estado mínimo—, aunque aparenta estar relacionada con un ideario de Estado liberal, en verdad encuentra su fundamento en la necesidad que plantea Macedonio de una reducción del poder político que se encuentra en manos del Estado a fin de generar más respeto y beneficios para los individuos. De esta manera, lo que Macedonio propondría es un intento de disminuir en cuanto sea posible las funciones atribuidas al Estado en forma gradual hasta llegar a un punto en que se torne innecesaria la presencia de este.

En suma, el doblez sujeto-objeto mantenido por Schopenhauer ha tenido continuidad en una propuesta de Estado liberal, que tiene por fin combatir el egoísmo que hace nacer la objetivación de la voluntad en cada individuo, mientras que, en Macedonio, su idea de la existencia conformada puramente por fenómenos, es decir, por estados afectivos, no parece tener una continuidad clara en su filosofía política que, a su vez, la presenta como anarquista, spenceriana y mística.

BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ, Macedonio, *No toda es vigilia la de los ojos abiertos*, 2ª ed., Editorial Corregidor, 2015, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- , *Papeles de reciénvenido y continuación de la nada*, Editorial Corregidor, 2004, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- , *Relato, cuentos, poemas y misceláneas*, Editorial Corregidor, 2014, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- , *Teorías*, 2ª ed., Editorial Corregidor, 2014, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, 2ª ed., Editorial Colihue, 2009, Buenos Aires.
- MUÑOZ, María A., *Macedonio Fernández, filósofo. El sujeto, la experiencia y el amor*, Editorial Corregidor, 2013, Buenos Aires.
- OTHONIEL ROSA, Luis, *Comienzos para una estética anarquista: Borges con Macedonio*, Editorial Cuarto Propio, 2016, Santiago de Chile.

SALVADOR, Nélica, *Macedonio Fernández, creador de lo insólito*, Editorial Corregidor, 2003, Buenos Aires.

SCHOPENHAUER, Arthur, *El mundo como voluntad y representación*, Vol I-II, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2003, Madrid.

¿QUÉ DISCUTIMOS CUANDO DISCUTIMOS SOBRE CAMPAÑAS ELECTORALES? UNALENTE REPUBLICANA PARA UN VIEJO DEBATE*

EMILIANO MARTÍN VITALIANI**

Resumen: Este artículo retoma la discusión sobre la teoría de la democracia para el debate en torno a las campañas electorales. De esta forma, afirma que las grandes preguntas alrededor de este tema parten de una teoría elitista de la democracia. Por el contrario, una teoría radical republicana nos exige poner el foco en la ciudadanía y no solo en los partidos políticos.

Palabras clave: campañas electorales — democracia — republicanism

Abstract: This article goes back to the discussion of democratic theory about electoral campaigns. Thereby, it claims that many of those main questions about this literature come from elitist conception of democracy. On the contrary, a radical republican view of this theory demands that we must focus on the citizens rather than just political parties.

Keywords: electoral campaign — democracy — republicanism

*You love so deep so tender
Your people and your land (...)
But I am not a number not a name*
Regina Spektor — Ballad of a politician

* Este trabajo obtuvo el tercer premio en XVI Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” sobre Anticorrupción y Transparencia.

** Estudiante de Abogacía y Ciencia Política (UBA). Becario DeCyT y ayudante alumno de Elementos de Derecho Constitucional cátedra Gargarella-Tauber Sanz. Agradezco a Juan Carlos Rúa, sin quien este trabajo no existiría, tanto su aliento a escribir como su colaboración a la hora de sortear problemas particulares y de la búsqueda de bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Las campañas electorales son procesos sumamente relevantes en nuestra vida política. En ellas seleccionamos a nuestros gobernantes y discutimos cuestiones que son centrales para nuestro futuro. El principal aspecto de las campañas que se suele discutir en materia de regulación es la forma en la que ellas se financian, ya que allí se juegan asuntos fundamentales de nuestra vida en comunidad como la corrupción y la igualdad.

La discusión sobre el financiamiento de campañas políticas tiene ya muchísimos años de desarrollo. En ella las posiciones están más o menos fijadas y parecería haber pocas novedades más allá de algún argumento novedoso para defender una vieja postura. Cada una de las posiciones repite una y otra vez sus argumentos, mientras que sus críticos señalan una y otra vez los problemas de estas posiciones. A su vez, esta dinámica ocurre a la inversa. Quienes encontraron en un primer momento errores en las posiciones ajenas, sostuvieron posturas con problemas que no supieron resolver. Es así que la discusión en este asunto se encuentra relativamente estancada, sin que haya habido en el último tiempo grandes novedades teóricas.

No me propongo aquí solucionar estos temas, que fueron tratados por personas mucho más formadas y capaces que quien escribe estas líneas, sin haber llegado a soluciones concluyentes. Sin embargo, sí me propongo echar nueva luz sobre la discusión en torno a la regulación de las campañas electorales. Para ello, intentaré pensar cuál es la teoría de la democracia que nos lleva a tener las discusiones que tenemos y cómo deberíamos dar esta discusión.

La hipótesis que defenderé aquí es que la discusión en torno a la cuestión del financiamiento de campañas se sustenta sobre una concepción particular de la democracia, la concepción elitista. Las grandes preguntas existentes en la literatura giran alrededor del problema de la equidad en la competencia electoral y la posibilidad de intercambio de favores por parte del gobierno a cambio de financiamiento para las campañas.

Esta discusión es perfectamente válida si creemos que la democracia consiste en una competencia por votos entre partidos políticos a los fines de ocupar los cargos de gobierno, a la vez que el único control ciudadano es el que se realiza periódicamente en elecciones (*accountability* electoral). Sin embargo, una noción más robusta de democracia, que aquí denominaré radical republicana, abre un nuevo abanico de posibilidades y nos obliga a plantearnos nuevas preguntas.

Para defender la hipótesis aquí planteada, estructuraré este trabajo en cuatro partes centrales. En las primeras dos delinearé el marco teórico, distinguiendo en primer lugar entre un conjunto de teorías elitistas y un conjunto de teorías radicales, de las cuales nos interesará la republicana. Este apartado resulta fundamental en tanto la hipótesis relaciona un determinado conjunto de discusiones con un marco teórico.

En segundo lugar, dado que las campañas electorales son esencialmente un conjunto de actos expresivos, se reconstruirán brevemente las principales posiciones en materia de libertad de expresión, explicando cómo se vinculan con cada concepción particular de la democracia.

Una vez que estos cimientos teóricos hayan sido construidos, pasaré a revisar la discusión actual en materia de campañas electorales. En la última parte se articularán estos tres apartados anteriores, mostrando de qué forma la discusión refleja las preocupaciones típicas de la concepción elitista de la democracia, lo que excluye del debate la posibilidad de que se fomente de forma activa el involucramiento ciudadano de una forma distinta a la partidaria durante el período políticamente más intenso. Por el contrario, adoptar una perspectiva republicana nos obligaría a ser creativos y pensar nuevas formas participativas en las cuales los ciudadanos puedan influir efectivamente sobre la discusión y sobre el resultado electoral.

Por supuesto, pensar cuáles son específicamente esas nuevas formas participativas excede por mucho el marco de este trabajo. Sin embargo, si es el objetivo aquí planteado contribuir a repensar la forma en la que damos la discusión sobre la regulación de campañas electorales.

II. DOS MODELOS DE DEMOCRACIA

En este primer apartado trazaré una distinción entre dos grupos de teorías de la democracia. Esta distinción se aparta de la clasificación estándar entre modelos de democracia como mercado, democracia pluralista, democracia agonial y democracia deliberativa.¹ Iris Young distingue entre modelos agregativos y deliberativos de democracia, siendo los modelos

1. MARTÍ, *La república deliberativa. Una teoría de...*, pp. 65-73. Una clasificación similar también fue realizada en LINARES, *Democracia participativa epistémica*, pp. 36-46 y NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, pp. 119-143.

agregativos el conjunto de los tres primeros modelos mencionados más arriba y distinguiéndose ambos grupos por entender o no que las preferencias subjetivas son moldeadas por el proceso de toma de decisiones.² Mientras que los modelos agregativos simplemente suman preferencias dadas, los modelos deliberativos entienden que el propio proceso de intercambio de razones e información influye sobre nuestras preferencias pudiendo modificarlas.

Estas clasificaciones son sumamente válidas para entender un conjunto de problemas como la variabilidad de las preferencias subjetivas, su compromiso epistémico, el rol del proceso de toma de decisiones en la legitimidad de la decisión tomada o su concepción de la sociedad como un conjunto de grupos o de personas. Sin embargo, también ocultan algunos aspectos que estos grupos de estas teorías tienen en común, así como las diferencias existentes hacia el interior de ellos.

Es así como la clasificación que construiremos aquí se diferencia de la clasificación estándar antes mencionada en tanto la línea divisoria estará dada por el rol que estas teorías dan a la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones. Si bien resulta obvio que toda teoría de la democracia, por el hecho mismo de serlo, tiene que tener algún tipo de compromiso con la toma de decisiones por parte de la sociedad civil, la literatura no coincide ni en la forma en que esas decisiones deben ser tomadas ni en qué decisiones deben estar en manos de la ciudadanía.

Al trazar esta distinción, veremos que cada uno de estos modelos está influido por una concepción particular de libertad. Por lo tanto, la última sección de este apartado estará dirigida a entender la relación entre un tipo de concepción de la democracia y cómo entendemos la libertad. Sin embargo, para poder dar este paso, primero debemos entender cuál es el contenido distintivo de los modelos elitistas y radical republicanos de la democracia. Veamos.

II.A. La concepción elitista

La concepción elitista de la democracia se distingue por centrar la toma de decisiones en un conjunto reducido de personas, dejando así poco espacio para la sociedad civil. Schumpeter es quien emerge como uno de

2. YOUNG, *Democracy and inclusion*, pp. 16-28.

los principales defensores de este conjunto de teorías, por lo que comenzaremos nuestra exposición poniendo el foco en su modelo de democracia. En su libro *Capitalismo, socialismo y democracia* comienza su exposición rechazando algunas de las nociones básicas de la teoría clásica de la democracia, como es el caso de la idea de bien común. Incluso suponiendo que existiera, afirma Schumpeter que, al llevarla a casos particulares, el desacuerdo es tal que su existencia se tornaría irrelevante.³ Es por esto que las voluntades que debemos tener en cuenta son las voluntades de los individuos en tanto tales y no una voluntad general que haga referencia a un criterio de validez ajeno a nuestros intereses particulares.

Sin embargo, cuando analizamos en profundidad cómo se forman las voluntades individuales aparecen nuevos problemas. Afirma Schumpeter que tal como nos muestra la economía, los individuos en el plano individual son racionales. Esta racionalidad surge de la proximidad y la frecuencia del contacto con el objeto sobre el que se reflexiona. Al comportarnos en el mercado constantemente y observar de primera mano las consecuencias de nuestros actos, podemos con la práctica, adquirir información y comprender acabadamente la causalidad entre nuestros actos y sus consecuencias en nuestra economía personal.⁴ Es por esto que, pasado cierto tiempo, nuestro comportamiento en el mercado es racional.

Sin embargo, esto no ocurre cuando miramos al comportamiento de las personas en la esfera pública. Allí nuestra familiaridad con la toma de decisiones es menor, así como nuestra percepción de la causalidad mucho más difusa. La influencia que podemos ejercer en política sobre la decisión final es ínfima y la información es de más difícil acceso que en nuestra vida cotidiana, por lo que nuestros pensamientos estarán más expuestos a la manipulación de un determinado grupo o a la influencia de las emociones. Es así que Schumpeter explica la “ignorancia y falta de juicio”⁵ en política de los ciudadanos ordinarios:

“Así el ciudadano típico desciende a un menor nivel de desempeño mental tan pronto como entra al terreno político. Allí él argumenta y analiza en una forma en la que él mismo reconocería rápidamente como infantil en la esfera de sus

3. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, pp. 251-252.

4. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, pp. 257-258.

5. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, p. 261.

intereses reales. Se vuelve primitivo otra vez. Su pensamiento se transforma en asociativo y afectivo".⁶

Toda la confianza que Schumpeter deposita en las personas en su esfera privada desaparece cuando ellas actúan en el terreno de lo público. Por lo tanto, si las personas no son confiables en tanto ciudadanos sino como individuos, resulta natural que la teoría de la democracia adoptada reserve para ellas un lugar sumamente limitado.

Para Schumpeter, una democracia es un sistema en el cual distintos partidos y candidatos compiten libremente por el liderazgo político. Quienes deciden a los ganadores de esta competencia son los ciudadanos a través del voto. En sus palabras:

"Un método democrático es aquel en el cual contamos con un arreglo institucional que nos lleve a tomar decisiones políticas en las que las personas que tengan el poder de decidir lo hayan adquirido a través de una competencia por el voto popular".⁷

El rol de la ciudadanía, en esta teoría, es elegir un gobierno cada cierta cantidad de tiempo. Nada más. No hay aquí lugar para la participación ciudadana por fuera de los partidos, ni un diálogo entre los líderes políticos y sus votantes, sino que la política se comporta como un mercado en el cual un conjunto de personas (partidos políticos) ofrecen sus servicios como gobernantes y compiten por el voto de las demás personas, quienes requieren que las promesas y las acciones de los líderes políticos se ajusten a su demanda.

Sin embargo, no todas las teorías elitistas de la democracia la piensan desde una perspectiva económica. No todos piensan a la sociedad como un conjunto de individuos, sino que bien es dable pensar que una comunidad política está compuesta por un conjunto de grupos. Esto pensaba James Madison, cuya teoría de la democracia trataremos de volcar aquí brevemente.

Madison entendía que la sociedad estaba compuesta por un conjunto de facciones que se comportaba, tal como su nombre lo indica, por un

6. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, p. 262.

7. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, p. 269. La traducción es propia.

impulso de facción. En sus palabras, una facción es un “cierto número de ciudadanos, estén en mayoría o en minoría, que actúan movidos por el impulso de una pasión común, o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes de la comunidad considerada en conjunto”.⁸

Esta división en facciones, lejos de ser una cuestión circunstancial, hace a la naturaleza misma del hombre, por lo que ella debe estar en el centro de nuestras preocupaciones al decidir qué régimen político adoptar.⁹ Por lo tanto, afirma Madison que “[l]a conclusión a la que debemos llegar es que las causas de espíritu de facción no pueden suprimirse y que el mal solo puede evitarse teniendo a raya sus efectos”.¹⁰

Ahora bien, ¿cuál es la mejor forma de mantener a raya los efectos del espíritu de facción? Para lograr este fin, Madison rechaza la democracia entendida como un régimen político en el que los ciudadanos administran personalmente el gobierno. Por el contrario, afirma que el mejor sistema posible es uno representativo, es decir uno en que se delega la facultad de gobernar en un pequeño número de personas. La representación política es la que permite “filtrar” la opinión pública, ya que los representantes contarían con prudencia para discernir el verdadero interés nacional, a diferencia del ciudadano promedio.¹¹ Vemos así que mientras, por un lado, da a la sociedad un rol relevante en el juego político facultándola para elegir a quienes gobernarían en un futuro, ella queda explícitamente excluida de la toma efectiva de decisiones.

Habiendo dado cuenta de los aspectos más importantes de las teorías de algunos de los referentes del elitismo, queda ahora por examinar el elitismo deliberativo. Esta teoría resulta relevante en tanto muestra que la clasificación elitismo/republicanismo es transversal a las clasificaciones tradicionales mencionadas más arriba. Siguiendo a Young, los federalistas

8. MADISON, HAMILTON & JAY, *El federalista*, p. 36.

9. MADISON, HAMILTON & JAY, *El federalista*, p. 37.

10. MADISON, HAMILTON & JAY, *El federalista*, p. 38.

11. MADISON, HAMILTON & JAY, *El federalista*, p. 39. El otro gran mecanismo que previene que el comportamiento faccioso termine prevaleciendo es el sistema de frenos y contrapesos, desarrollados en *El federalista* LI. Sin embargo, el eje de la argumentación en este punto está puesto en cómo entendían los federalistas al autogobierno colectivo y no en torno a qué organización institucional creían preferible aunque, por supuesto, ambas cosas están íntimamente relacionadas.

y Schumpeter entran dentro del grupo de teorías agregativas de la democracia, mientras que el deliberativismo elitista entra, por supuesto, en las teorías deliberativas.

El principal exponente del deliberativismo elitista es Joseph Bessette. A partir de un análisis de los orígenes de la Constitución estadounidense, este autor afirma que una de las funciones de la representación política es (como lo vimos más arriba) filtrar la voluntad mayoritaria. La intención de los padres fundadores era crear un sistema en el que los representantes pudieran discutir entre ellos y de esa forma llegar a mejores conclusiones sobre las políticas a adoptar,¹² lo que lo incluye dentro de las teorías deliberativas.

La deliberación, afirma este autor, requiere que aquellos que participen en ella cuenten con un conocimiento profundo sobre la materia en cuestión. Dado que el ciudadano promedio no cuenta con los niveles de competencia necesarios para deliberar, él podría ser influenciado por campañas propagandísticas maliciosas y así su juicio se vería viciado.¹³

Asimismo, la deliberación requiere de un marco que permita a las personas deliberar. Ellas nunca discuten asuntos en el aire, sino que es necesario que se dé un contexto propicio para intercambiar razones, un espacio que reúna a las personas y les provea las comodidades necesarias para discutir. Nada de esto existe al nivel de la sociedad civil, sino que solamente se da en el marco de la democracia representativa. Por lo tanto, es un conjunto pequeño de representantes electos y no la ciudadanía el que se encuentra mejor situado para la deliberación.

Vemos así que, si bien las teorías elitistas conforman una familia amplia y diversa en donde tenemos pluralistas, cultores de la democracia como mercado y deliberativistas, todas ellas comparten un elemento central: su desconfianza hacia la toma de decisiones por parte de la ciudadanía. Es por esto que abogan por un sistema representativo en el que los ciudadanos se limiten a elegir a estos representantes y donde sean estos últimos quienes tomen las decisiones más importantes con un cierto margen de libertad.

12. BESSETTE, “Deliberative democracy: the majority principle in...”, pp. 104-111.

13. BESSETTE, “Deliberative democracy: the majority principle in...”, pp. 115-116.

II.B. La concepción radical republicana

Como vimos más arriba, las teorías elitistas de la democracia tuvieron su origen en el siglo XVIII y alcanzaron sus versiones más refinadas a mediados del siglo XX. Por el contrario, las teorías radical republicanas surgieron al mismo tiempo que las teorías elitistas como contraposición a estas, pero más tarde cayeron en el olvido. Sin embargo, a finales del siglo XX las bases mismas de las teorías elitistas fueron nuevamente puestas en cuestión, iniciando un movimiento teórico que no se ha detenido hasta la actualidad.

Uno de los principales cuestionamientos retomados en este renacer de las ideas radicales es la idea misma de representación.¹⁴ La representación política era uno de los sostenes de las teorías elitistas de la democracia, las cuales afirmaban que en tanto los individuos no estaban capacitados para decidir correctamente, las decisiones debían ser tomadas por un grupo reducido de personas. Por el contrario, el republicanismo desconfía de la representación en tanto aleja la toma de decisiones de la comunidad política y la pone en manos de un grupo reducido de personas.

Las teorías radical republicanas comparten un compromiso mucho más fuerte que las teorías elitistas con el efectivo ejercicio del autogobierno colectivo. Ellas se sostienen sobre la premisa de que la ciudadanía debe gobernarse a sí misma en la medida en la que esto sea posible. Es decir que, de poder elegir entre un gobierno de representantes y uno de ciudadanos, es este último el que resulta preferible.

En este sentido, Nino afirma que la representación puede ser concebida como algo deseable o como un mal necesario dadas las restricciones naturales que existen a la democracia directa. Desde este último punto de vista, la democracia directa es preferible y por lo tanto debe ser este el modelo de toma de decisiones adoptado siempre que sea posible.¹⁵

El radicalismo surgió de forma contemporánea al elitismo, mientras los federalistas defendían un modelo que excluía a la gran mayoría de la sociedad de la toma efectiva de decisiones, los radicales abogaban por una organización política diametralmente opuesta. Gargarella defi-

14. Al respecto ver MANIN, *Los principios del gobierno representativo* y VAN REYBROUCK, *Against elections. The Case for Democracy*.

15. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, pp. 204-205.

ne a la tradición radical como aquella que se constituyó “...a partir de la vinculación que estableció entre *la reflexión colectiva y la toma de decisiones políticas imparciales*”.¹⁶ Dentro de las teorías radicales podemos distinguir dos vertientes, que Gargarella denomina populistas y no populistas.¹⁷ Mientras que la tradición no populista incluye como fuente de legitimidad a la deliberación colectiva, la tradición populista pone su foco en la expresión de la voluntad mayoritaria, a la que otorga un rol absolutamente preponderante. Me ocuparé aquí de la tradición radical republicana, es decir la no populista.

Partiendo de una noción de libertad como no sometimiento (cuestión que abordaré más adelante), la teoría republicana sostiene que al igual que en el plano individual, en el plano colectivo el destino de una sociedad no debería estar sujeto a un agente distinto de la propia sociedad. En términos de Martí: “[s]olo si los ciudadanos tienen la posibilidad de participar directamente en su propio autogobierno, de una manera que vaya más allá de los mecanismos de participación política de las democracias representativas liberales, será posible articular un sistema que prevenga la dominación”.¹⁸

Estas afirmaciones resultan diametralmente opuestas a las que estudiamos con las teorías elitistas, en las que se trazaba una distinción tajante entre representantes y representados. Por el contrario, las teorías radical republicanas asumen un compromiso por un lado con el autogobierno colectivo en tanto creen que es la ciudadanía la que debe tomar las decisiones, mientras que por otro estas decisiones deben ser producto de un debate colectivo en el cual sean efectivamente tenidas en cuenta las diferentes opiniones sobre alguna cuestión en particular.¹⁹ Vemos por lo tanto que el republicanismo cuenta con una dimensión deliberativa y una dimensión decisoria que no pueden pensarse de forma disociada, sino que se influyen mutuamente.

II.C. Dos concepciones de libertad

Me propongo aquí trazar una breve distinción entre los modelos de libertad que caracterizan a las tradiciones radical republicana y elitista.

16. GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno*, p. 101.

17. GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno*, pp. 101-108.

18. MARTÍ, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, pp. 247-248.

19. ROSLER, *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, pp. 113-161.

Esta distinción resulta fundamental, en tanto la concepción republicana de la libertad lleva necesariamente a conclusiones diferentes a las de las teorías elitistas, mientras que la concepción que se relaciona con las teorías elitistas puede entrar en conflicto con una teoría democrática radical republicana. A su vez, en lo que hace a los fines del presente trabajo, de nuestra concepción de libertad y de democracia, dependerá cómo definamos a la libertad de expresión.

En 1819, Benjamin Constant trazó una vieja, pero no vetusta, distinción entre dos modelos de libertad a los que contrapuso como la “libertad de los antiguos” frente a la “libertad de los modernos”.²⁰ La libertad de los modernos consiste en la posibilidad de cada uno de elegir su propio destino en un marco de independencia individual, sin que esta libertad pueda ceder ante el cuerpo político. Es decir que existe un espacio propio de libertad en el que cada individuo tiene derecho a decidir de forma exclusiva sin que nadie, especialmente el Estado, intervenga. Es por esto que Berlin denominó a esta forma de entender a la libertad como “libertad negativa”, ya que ella consiste en que nadie me impida activamente hacer aquello que desee hacer. Es decir que desde este punto de vista la libertad equivale a la falta de coacción, y es en tanto “falta de” que entendemos a esta libertad como negativa.²¹

Tal vez la mejor definición de libertad negativa sea la de Hobbes, quien entiende por libertad “la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere”.²²

Si bien Constant entiende que la libertad política es garantía de la libertad individual,²³ Berlin afirma que ambas preguntas son independientes, pudiendo existir un gobierno que no otorgue libertades políticas pero sí todas las libertades individuales necesarias.²⁴ No me interesa aquí esta discusión particular, sino poner de manifiesto que todos estos autores entienden que la verdadera libertad se da en el plano individual y que ella consiste en que no se interfiera en la toma de decisiones que solamente involucran al individuo.

20. CONSTANT, “Sobre la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos”.

21. BERLIN, *Dos modelos de libertad*, pp. 3-4.

22. HOBBS, *Leviatán o la materia, forma y...*, p. 106.

23. CONSTANT, “Sobre la libertad de los antiguos...”, p. 92.

24. BERLIN, *Dos modelos de libertad*, pp. 7-8.

Esta forma de entender la libertad es la que, como a esta altura debe resultar evidente, se relaciona con las teorías elitistas. Ellas no entienden que exista algo así como una forma de realización de la libertad en la vida colectiva, sino que recluyen a las personas en el voto.²⁵ Lo central de la vida de las personas no pasa por sus libertades políticas, por su capacidad de participar efectivamente en el gobierno, sino por sus vidas individuales. Por lo tanto, sería infructuoso y dañino comprometer a los ciudadanos con una tarea que no ocupa un lugar central en sus preocupaciones.

Resulta un poco más compleja de entender la concepción republicana de la libertad. Ella se enmarca en lo que Constant denomina “libertad de los antiguos”, entendida como la posibilidad de participación efectiva en la discusión y toma de decisiones sobre los asuntos públicos. Esta noción sin la suficiente explicación resulta sumamente difusa. Sin embargo, en tanto ella es crucial para entender al republicanismo, haremos el esfuerzo.

En primer lugar, debemos decir que la concepción republicana de libertad, a diferencia de la liberal, no es puramente negativa. Ella no está preocupada solamente por aquello que se nos impide efectivamente hacer, sino que va más allá. El republicanismo tiene una preocupación particular por la autodeterminación. Sin embargo, ella no es entendida como la falta de impedimentos físicos o jurídicos para decidir, sino como la posibilidad efectiva de hacerlo sin vernos sometidos por una voluntad ajena a la propia.²⁶ En palabras de Martí:

“El elemento clave de la libertad republicana no es la ausencia de interferencia, sino la *ausencia de dominación* o dependencia. Una situación de dominación sería aquella en donde alguien ‘puede interferir de manera arbitraria en las elecciones de la parte dominada: puede interferir, en particular, a partir de un interés o una opinión no necesariamente compartidos por la persona afectada’”.²⁷

25. Existen algunas excepciones que escapan a esta regla como el caso de Carlos Nino, quien entiende a la libertad como no interferencia a la vez que fomenta el involucramiento ciudadano en la discusión pública.

26. ROSLER, *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, pp. 53-58.

27. MARTÍ, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, p. 247.

Al estudiar en qué consistía la libertad negativa propia de las teorías elitistas, vimos que ella estaba centrada en las personas. La libertad republicana, si bien no deja de ser una característica propia de las personas, no es exclusiva de ellas. Es decir que cuando hablemos de la libertad como ideal dentro del paradigma republicano no nos referiremos solamente a la libertad de las personas, sino también a la libertad de una comunidad política como tal.

Asimismo, de la definición de libertad como no sometimiento se desprende el segundo elemento que vimos que pertenecía a la teoría republicana: la deliberación. Libertad no es solamente poder determinar sobre nuestras vidas sin estar sometidos, sino que las limitaciones a esa posibilidad de autodeterminarnos no sean arbitrarias. Por lo tanto, vemos que la noción republicana de libertad incluye tanto el autogobierno como la necesidad de justificar nuestras decisiones ante los demás, es decir un cierto compromiso deliberativo.

De esta forma, al transpolar la idea de no sometimiento al nivel colectivo, resulta claro cómo se articula esta concepción de libertad con una visión más robusta de la democracia. Esto porque la única forma de garantizar que la ciudadanía no sea sometida a una voluntad ajena a la suya es a través de su propio involucramiento en la arena política, de forma que la defensa de un ideal republicano de libertad nos lleva necesariamente a promover la participación activa de la ciudadanía en asuntos que son de interés público.

III. DEMOCRACIA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Voy a decir una obviedad: la libertad de expresión es central para la democracia. La democracia, en cualquiera de sus versiones, no tiene una naturaleza puramente procedimental, sino que también requiere ciertos derechos y libertades concomitantes.²⁸ No caben dudas de que dentro de esos derechos y libertades concomitantes se encuentra la libertad de expresión. Ella es imprescindible en tanto sin libertad de expresión no sería posible contraponer ideas y propuestas, ya sea desde un punto de vista agregativo o desde el deliberativo, es central para que podamos llamar a un régimen político democracia.

28. O'DONNELL, *Democracia, agencia y estado. Teoría con...*, pp. 33-39.

Este es todo el acuerdo que existe respecto de la libertad de expresión. A partir de aquí, veremos que hay profundas divergencias sobre su contenido y sobre su relación con la democracia. Como a esta altura resulta previsible, qué entendamos por libertad de expresión está íntimamente relacionado con nuestra teoría de la democracia y con nuestra concepción del concepto mismo de libertad, relación que trataré de explorar en las líneas que siguen.

III.A. El libre mercado de ideas

Distinguimos en la actualidad dos grandes corrientes en el campo de la libertad de expresión: el libre mercado de ideas y el debate público robusto. La primera de estas dos concepciones tiene su origen en el pensamiento de John Stuart Mill²⁹ y entiende que el mundo de las ideas y la expresión funciona de la misma forma que un mercado competitivo. Así, todas las ideas existentes, sean ellas correctas o incorrectas, falsas o ciertas, deben circular. Es la propia capacidad de juicio de los individuos la que, a través de la competencia, hará que prevalezcan aquellos discursos superiores.

Owen Fiss grafica esta idea como la doctrina del “orador de la esquina”.³⁰ De acuerdo con ella, existe una coraza impenetrable alrededor de los oradores que impide que cualquiera, especialmente el Estado, intervenga en la difusión de un determinado mensaje. Esta coraza es la que permite que todas las personas, sin importar quiénes sean o qué quieran decir, tengan la libertad de expresarse.

Es así que, ante el miedo a la intervención estatal, la cual es el principal enemigo a rechazar, esta teoría afirma que la mejor política posible en materia de libertad de expresión es la ausencia de una política estatal activa.³¹ De esta forma, no existe ningún sesgo en la difusión de mensajes y aquellos que terminan triunfando son los que pasaron por el filtro del conjunto de los ciudadanos (consumidores) que libremente los escucharon y discernieron entre ellos.

Cabe señalar en este punto cómo esta concepción de libertad de expresión se relaciona con la libertad negativa, propia de las teorías elitis-

29. MILL, *On Liberty*, pp. 18-54.

30. FISS, *Libertad de expresión y estructura social*, p. 23.

31. GARGARELLA, “Constitucionalismo y libertad de expresión”, pp. 749-752.

tas. Tener la libertad de expresarse significa que nadie, especialmente el Estado, nos impida expresarnos, por lo que es una concepción negativa e individual de la libertad.

Si bien es cierto que el libre mercado de ideas cree que mediante este sistema las mejores ideas triunfarán, también es que esta no es su razón de ser. Su compromiso no es con el debate colectivo y con la búsqueda de ideas e información correcta, sino que tiene por objetivo proteger la libertad individual de expresarse³² contra quien cree que es su mayor enemigo, el Estado.

III.B. Debate público robusto

El libre mercado de ideas es, como vimos, una de las principales corrientes en lo que respecta a la libertad de expresión. Sin embargo no es la única. A esta teoría se le contraponen lo que llamamos visión estructural de la libertad de expresión.

Lo que preocupa a esta teoría no es solamente la posibilidad de la interferencia, sino que podamos efectivamente expresarnos. Ya no es solamente el Estado el que nos preocupa, sino que nuestro foco se agranda y empezamos a mirar a la estructura social. Así, aunque el Estado puede cercenar la libertad de expresión censurando discursos, él también puede promover el “establecimiento de precondiciones esenciales para el autogobierno colectivo a través del aseguramiento de que todos los puntos de vista son presentados ante el público”.³³

Esta cita nos da un gran pie para marcar una última diferencia entre las dos doctrinas. Mientras que el libre mercado de ideas ponía su atención en el derecho de los individuos particulares a expresarse, lo que la doctrina del debate público robusto promueve es que la discusión colectiva efectivamente involucre a todos los potencialmente afectados. Es decir que esta doctrina entiende que, más allá de su dimensión individual, la libertad de expresión ocupa un lugar central en la constitución de una democracia inclusiva.

Fiss entiende que esta doctrina nos obliga a focalizar sobre la cuestión estructural del debate público, más allá de la dimensión individual de la li-

32. FISS, *The Irony of Free Speech*, p. 17.

33. FISS, *The Irony of Free Speech*, p. 18.

bertad de expresión: “[e]l tema no es la frustración del orador potencial, sino la calidad del debate público. La autonomía puede ser protegida, pero solo cuando enriquece el debate público”.³⁴ Podemos decir así que esta es la concepción de la libertad de expresión adoptada por el republicanismo, ya que promueve un debate inclusivo, amplio e igualitario a nivel colectivo.

IV. FINANCIAMIENTO DE CAMPAÑAS ELECTORALES: ¿QUÉ SE DISCUTE?

Trataré a partir de aquí a las campañas electorales como un conjunto de actos expresivos. Tanto para una perspectiva republicana una como para una elitista, resulta central que quienes pugnan por acceder a cargos políticos comuniquen a los votantes las razones por las que deberían optar por ellos y no por sus competidores. Por lo tanto, podemos pensar a los aportes de campaña como un conjunto de actos expresivos particularmente importante. Asimismo, los aportes de campaña son considerados una forma de expresión,³⁵ por lo que cuando pensemos en ellos debemos hacerlo a la luz del derecho a la libertad de expresión.

Las campañas electorales, en su aspecto económico, consisten en partidos políticos o coaliciones que recaudan y gastan dinero para difundir algún mensaje en particular. Por lo tanto, las preguntas sobre las cuales versará esta parte girarán en torno a estas dos actividades. Empezaremos por la más discutida de ambas: la recaudación.

En primer lugar, debemos decir que el dinero para las campañas electorales puede venir de privados, ya sean estas personas físicas o jurídicas, del Estado o de ambos. A su vez, los aportes privados pueden ser limitados o ilimitados. La primera pregunta que surge, por lo tanto, es por qué podríamos pensar que existe algún problema en torno al financiamiento privado que nos lleve a pensar que debe ser limitado o hasta prohibido.

Existen dos argumentos para desconfiar del financiamiento privado: el argumento de la igualdad y el de la corrupción. Se define tradicionalmente a la corrupción en el marco de las campañas electorales como el intercambio de favores políticos por contribuciones económicas.³⁶ De esta forma,

34. Fiss, *Libertad de expresión y estructura social*, p. 51.

35. United States Supreme Court, “Buckley v. Valeo”.

36. Si bien existen otras definiciones de corrupción, esta es la definición estándar en la literatura sobre campañas electorales.

las decisiones políticas no estarían fundadas en la convicción de que ellas promueven el bien común, sino en intereses particulares. Cuanto mayor sea la posibilidad de que aparezcan aportes privados, mayor será la influencia de ellos en la campaña y por lo tanto será mayor el riesgo de corrupción.

Por supuesto, alguien podrá argumentar que, suponiendo la igualdad económica entre las personas, lo que denominamos corrupción no es claramente distinguible de la democracia, entendida como el intercambio de votos por una renta determinada.³⁷ Al igual que cuando un candidato promete una obra para un barrio y la gente de ese barrio lo vota sin que esto parezca contradecir un cierto ideal democrático, los ciudadanos pueden intercambiar dinero para campañas por favores políticos sin que esta práctica se diferencie demasiado de la práctica democrática. La única diferencia sería qué se cambia (votos o dinero) pero no la dinámica general.

Sin embargo, nuestro supuesto igualitario es un *big if*. La igualdad económica no puede ser presupuesta cuando diseñamos un sistema de financiamiento de campañas, ya que nuestro sistema político no está pensado para garantizarla³⁸ ni la garantiza en la práctica. Esto me da el pie para tratar nuestro segundo problema, el de la igualdad.

Incluso asumiendo que el intercambio de políticas por votos es parte de la naturaleza de la democracia, también lo es la igualdad. Esta igualdad es política, todos debemos tener la misma posibilidad de influir en las decisiones colectivas. Sin embargo, la desigualdad económica de nuestro mundo contemporáneo salta a la vista. Si los favores que los aportantes recibirán tienen un valor similar al del dinero que aportan (lo que es esperable) entonces en un contexto económicamente desigualitario los favores estarán distribuidos de forma no igualitaria.

Asimismo, si la posibilidad de expresarse depende del dinero aportado, aquellos partidos que cuenten con el apoyo de los sectores más pudientes sacarán ventaja en la competencia electoral, violando la equidad en la competencia electoral que exige la democracia.

Debemos así mirar ahora hacia el otro gran financiador de campañas electorales: el Estado. Dado que el financiamiento privado, incluso con límites, refleja las desigualdades económicas existentes en la sociedad,

37. DOWNS, *An Economic Theory of Democracy*, pp. 36-45. y STRAUSS, “Corruption, equality and campaign finance reform”, pp. 1373-1382.

38. PRZEWORSKI, *Qué esperar de la democracia. Límites...*, pp. 122-132.

podríamos argumentar que debemos abandonar esta propuesta y pensar en un modelo exclusivamente estatal de financiamiento de campañas electorales, a los fines de garantizar una competencia realmente equitativa. Un sistema mixto de financiamiento seguiría promoviendo la búsqueda de financiamiento privado por parte de los candidatos y por lo tanto perpetrando todos los problemas que este esquema acarrea.³⁹

Dijimos más arriba que las principales preguntas en torno a las campañas electorales eran la pregunta por sus ingresos y por sus gastos. Tratamos hasta aquí de dar cuenta de las respuestas existentes a la pregunta por los ingresos. Sin embargo, nada nos dice que ambas preguntas no estén relacionadas, por lo que no podríamos pensar en los ingresos sin pensar en los gastos y viceversa.

Este es el argumento desarrollado por Guidi y Nieto,⁴⁰ quienes sostienen que, para pensar la relación entre dinero y campañas electorales, debemos comenzar por pensar en sus gastos. Estos autores afirman que las limitaciones a los gastos de campaña son el camino para garantizar la igualdad política, en virtud de que un modelo que permita gastos ilimitados incentivaría a los candidatos a una búsqueda desenfrenada de fondos.

Las consecuencias negativas de esto vendrían dadas, por un lado, por la suba del piso socioeconómico necesario para ser representante y su conflicto con la igualdad, y por otro porque un modelo de este tipo promovería los problemas del financiamiento privado, ya sea de forma legal o no. En sus términos: “[s]i los gastos de campaña fuesen limitados, también lo sería la necesidad de recurrir a financiamientos que puedan restringir su libertad de acción”.⁴¹ Así, mediante la limitación de los gastos de campaña podríamos garantizar que la competencia electoral sea realmente justa e igualitaria.

V. REPUBLICANISMO Y CAMPAÑAS ELECTORALES: CORRIENDO EL EJE DE LA DISCUSIÓN

En lo que resta del trabajo me abocaré a relacionar los conceptos que fueron desarrollados hasta aquí, afirmando que la discusión tradicional so-

39. FISS, “Money and politics”, p. 2472.

40. GUIDI & NIETO, “Limitaciones a las campañas electorales: la...”.

41. GUIDI & NIETO, “Limitaciones a las campañas electorales: la...”, p. 317.

bre el financiamiento de campañas responde a un modelo elitista de democracia y que una concepción republicana nos exige ampliar la mirada y poner nuestra atención también en la ciudadanía.

V.A. Campañas y elitismo

Para saber si el debate en torno a campañas electorales está correctamente planteado, primero debemos entender cuál es la teoría que lo guía. Tal como afirma Kant: “el valor de la *praxis* se apoya por completo en la teoría subyacente”.⁴² Por lo tanto, para saber cuál es el valor de las prácticas propuestas y existentes, primero debemos entender a qué teoría responden.

La discusión sobre campañas electorales gira alrededor de la competencia entre partidos políticos. Así, los objetivos en torno a los cuales se plantea la discusión suelen ser “tender a hacer de la competencia electoral un terreno equitativo para todos los participantes”⁴³ o “la equidad en la competencia electoral”⁴⁴ y prevenir la corrupción que vimos que se podía producir a partir de los aportes privados.⁴⁵

De esta forma, nos preocupa el hecho de que un partido que proponga políticas apoyadas por un grupo adinerado pueda tener ventaja en la competencia electoral sobre otro que promueve políticas apoyadas por un grupo de menores recursos. En definitiva, queremos que cuando juguemos al juego de la competencia electoral, la cancha no esté inclinada.

Esta preocupación parecería ser sumamente elemental, al punto de que ninguna teoría razonable de la democracia podría rechazarla. Sin embargo, al ser la única preocupación en torno a las campañas electorales, parte de una asunción fuertemente arraigada en la teoría elitista de la democracia. Como dijimos, las teorías elitistas de la democracia afirman que democracia es votar representantes en elecciones competitivas cada un período determinado de tiempo. De esta forma, lo que nos preocupa sobre las campañas electorales es que esté garantizado que las elecciones sean efectivamente *competitivas*.

42. KANT, *Teoría y praxis*, p. 21.

43. FÖHRIG, SCHERLIS, SECCHI & CHAROSKY, “Debate: Financiamiento de campañas electorales”, p. 196.

44. FÖHRIG, SCHERLIS, SECCHI & CHAROSKY, “Debate: Financiamiento de campañas electorales”, p. 202.

45. PAGE & MIGNONE, “Dinero, partidos y campañas. Hoja de...”.

A la hora de las elecciones, nos importa que todos los partidos puedan efectivamente expresarse y que lo hagan en condiciones igualitarias. A la vez que la preocupación por un debate igualitario entre partidos asume un compromiso con una idea robusta de libertad de expresión, se la limita a los partidos políticos. El debate público robusto debe ser entre ellos y no incluir a los ciudadanos. La ciudadanía sigue su vida sin que la particularidad de momento político afecte sus formas de expresión, lo que nos muestra la disociación que existe en esta discusión entre ciudadanía y política. Lo que motiva la reflexión en torno al financiamiento de campañas electorales no es el efectivo autogobierno colectivo, sino la paridad en la competencia electoral. No existe en esta discusión un planteo en torno al rol de la ciudadanía en un momento tan importante como una elección, a ella se la recluye en la posición de receptora de los mensajes de los partidos políticos, pudiendo canalizar su discurso solamente a través de aportes de campaña.

Esto resulta sumamente obvio si partimos de los presupuestos teóricos de las teorías elitistas de la democracia. Ellas comparten su desconfianza hacia la ciudadanía, tanto en su aspecto decisorio como deliberativo, por lo que sería perjudicial para el buen funcionamiento democrático otorgarle un rol central. Esta predominancia absoluta de la política partidaria por sobre la participación ciudadana no solamente refleja la desconfianza de las teorías elitistas en la sociedad civil, sino también su idea de libertad. Como vimos, la libertad de los modernos no se realiza en la vida pública, sino que consiste en la posibilidad de llevar a cabo nuestras vidas privadas sin interferencias indebidas por parte del Estado. Así, dado que no es la política un espacio de libertad, el Estado no debería pedirnos que nos involucremos activamente en los procesos electorales, sino que en el mejor de los casos puede exigirnos que vayamos a votar periódicamente.

Vimos que la otra gran preocupación de la literatura especializada era la posibilidad de que los aportes privados generaran corrupción, generándose así una influencia política desigualitaria en la toma de decisiones. Sin embargo, tanto las concepciones elitistas como las republicanas tienen un compromiso con alguna forma de igualdad, por lo que la existencia de este debate no nos dice nada sobre qué teoría lo sustenta.

Concluyo así que las preocupaciones centrales de la discusión en torno al financiamiento de campañas electorales están claramente signadas por una concepción elitista de la democracia en la que el sistema simplemente debe garantizar que las elecciones sean competitivas e interferir lo menos

posible con las vidas privadas de los ciudadanos, cuyo ámbito de libertad transcurre por fuera de la política.

V.B. ¿Y si somos republicanos?

Hasta acá procuré mostrar que la discusión actual en torno al financiamiento de campañas electorales se daba bajo un marco teórico elitista. Cabe ahora preguntarnos por qué nos exige una teoría republicana en esta materia. Por supuesto, no espero aquí aportar propuestas concretas ni ser conclusivo en el sentido que debe tener una forma republicana de entender a las campañas electorales. Sin embargo, sí me propongo trazar algunos lineamientos generales en este asunto.

Como vimos, la ciudadanía tiene un rol central en la teoría republicana. Por lo tanto, la primera pregunta que debemos responder es por qué es particularmente importante que la sociedad civil se involucre en el proceso electoral. Una persona bien podría defender la existencia de una ciudadanía activa a la vez que cree que el proceso electoral se trata solamente de partidos políticos compitiendo, por lo que no sería ese el espacio en el que las personas deben participar.

En primer lugar, debemos decir que en nuestras democracias contemporáneas los procesos electorales son momentos centrales de la vida política. Correr a la ciudadanía del momento políticamente más importante es quitarle gran parte de su relevancia. En segundo, la existencia de nuevas formas de participación ciudadana podría tener efectos beneficiosos sobre la campaña electoral por diversas razones.

Promover un involucramiento ciudadano más amplio puede modificar la agenda electoral. Tan importante como las posiciones de los diferentes candidatos sobre determinadas cuestiones es qué cuestiones se discuten en un proceso electoral. Aumentar la cantidad de participantes en el debate público puede llevar a poner de manifiesto problemáticas que eran centrales pero que por la naturaleza del debate entre representantes no aparecían. Darle voz a personas que no suelen aparecer en la discusión puede producir un mayor nivel de conocimiento sobre la situación en la que se encuentran muchos de nuestros conciudadanos y por lo tanto crear preocupaciones que antes, por ignorancia, no existían.

Los problemas epistémicos, y por lo tanto de autogobierno, propios de los debates llevados a cabo por un conjunto reducido de personas fueron estudiados entre otros por David Estlund. Este autor afirma que cuando los

participantes de la deliberación no reflejan la composición de la sociedad (como es el caso de los representantes) la calidad del debate se ve afectada. De esta forma, incluso si ellos están mejor preparados que el ciudadano medio, restringir el debate sería epistémicamente nocivo.⁴⁶ Por lo tanto, un debate amplio sería beneficioso para conocer los problemas prioritarios de la ciudadanía.

Asimismo, desde una concepción fuerte de la democracia, la discusión entre representantes no es independiente de los debates que se dan al nivel de la ciudadanía, sino que está íntimamente relacionada con ellos. Así, Nino relaciona el debate entre ciudadanos y entre representantes afirmando que la representación consiste en “una delegación producida a fin de hacer posible la continuación de la discusión que los ciudadanos han comenzado”.⁴⁷

A su vez, incluso si la agenda fuera algo dado, la deliberación a nivel ciudadano puede llevar a que aparezcan nuevas soluciones para los problemas que la componen. Dado que las soluciones que las personas pueden plantear a los distintos problemas son finitas en tanto su racionalidad es limitada, el conocimiento agregado de toda la ciudadanía es mayor al de un conjunto reducido de representantes. Esto no sucedería solamente a un nivel propositivo, sino que al someter las propuestas de ciudadanos y representantes a escrutinio público, su evaluación sería más amplia y por lo tanto se minimizaría el riesgo de que estén equivocadas dado que es más probable que aparezcan razones para desconfiar de ellas. Es así que en tanto la deliberación reduce los efectos de la racionalidad limitada, cuantas más personas participen de un debate, mejor será nuestro abanico de respuestas disponibles para un cierto problema.⁴⁸

Si ambas cosas son ciertas, no existe un mejor momento para promover la participación ciudadana que el proceso electoral. Es allí cuando los principales aspectos de nuestra vida en comunidad son puestos en cuestión y cuando elegimos a las personas que van a tomar decisiones centrales por algunos años. Un enfoque republicano de las campañas electorales nos exige que el momento en el que se toman las decisiones más relevantes coincida con el momento en el cual el debate público es más robusto. Por lo

46. ESTLUND, *La autoridad democrática. Los fundamentos de...*, pp. 295-300.

47. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 205.

48. FEARON, “La deliberación como discusión”, pp. 71-75.

tanto, es a la hora de pensar en las campañas electorales cuando debemos tener una especial preocupación por la amplitud de este debate.

Por otro lado, debemos recurrir a la hora de pensar en las campañas electorales a la idea de libertad como no sometimiento, la que vimos que era un elemento constitutivo de la tradición republicana. Si nos preocupa no estar sometidos en tanto ciudadanos, debemos admitir que la representación política puede ser un problema, ya que permite a un grupo reducido de personas decidir sobre nuestras vidas por un tiempo determinado. Sin embargo, podemos, sin renunciar a la representación, pensar en mecanismos que nos permitan ganar control sobre los representantes, en este caso un debate amplio en el proceso electoral.

La participación ciudadana activa puede llevarnos a conseguir que los representantes expliciten algunas posiciones y de esa forma limiten (aunque sea moderadamente) su libertad de acción futura. Sin debate amplio que incluya a la ciudadanía, existirán pocas oportunidades de pedir respuestas a los candidatos sobre los temas que nos parecen centrales. Por el contrario, puestos a deliberar políticos y ciudadanos, estos últimos podrán demandar a los candidatos que se expidan claramente, asumiendo un compromiso verbal con una determinada política pública.

Las promesas públicas, es decir aquellas hechas en y para el público, pueden tener efectos sobre las conductas de aquellos que las realizan, incluso cuando el destinatario de la promesa no pueda exigirla formalmente. Esto es especialmente cierto cuando las promesas son obligatorias, es decir cuando no surgen de la voluntad de quien las realiza, sino que es un agente externo las exige.⁴⁹ Por lo tanto, tener la posibilidad de exigir que un candidato realice una promesa pública puede tener efectos sobre su desempeño en el gobierno. Estos efectos restringirían la libertad de los gobernantes en su ejercicio del poder, lo que es deseable si entendemos a la representación como un problema, lo que vimos que era característico de las ideas radical republicanas.

VI. CONCLUSIÓN

Empezamos por distinguir dos modelos de democracia. Estos modelos se diferenciaban por el rol que otorgaban a la ciudadanía en la toma de

49. LINARES, *Democracia participativa epistémica*, pp. 296-301.

decisiones. A su vez, cada uno de estos modelos tenían una concepción de libertad y se asociaban con una concepción más o menos robusta de la libertad de expresión.

Más adelante repasamos las discusiones centrales en la literatura en torno al financiamiento de campañas electorales. Vimos así que las dos grandes preguntas eran por los ingresos de las campañas y por sus gastos. En el nivel de los ingresos, la cuestión se dirimía entre los defensores de los ingresos puramente privados, puramente estatales o de un sistema mixto. A su vez, vimos que la cuestión de los gastos no podía ser dissociada de la de los ingresos.

En la última parte, dijimos que este debate estaba sustentado sobre la concepción elitista de la democracia, ya que solamente se preocupa por la equidad en la competencia electoral y deja afuera de sus reflexiones a la ciudadanía. Asumir un compromiso teórico con el republicanismo no nos hace descartar esta preocupación por la equidad en la competencia electoral, pero sí nos obliga a pensar nuevas formas en las que la sociedad civil puede involucrarse en las campañas electorales. Dado que la amplitud del debate y la cuestión de la representación son preocupaciones centrales para el republicanismo, resulta deseable que tengamos la posibilidad de participar en la formación de la agenda, en la discusión de qué respuestas son apropiadas para nuestros problemas y que estemos en condiciones de exigir ciertos compromisos a nuestros representantes.

Para concluir, podemos decir que, si bien la pregunta por la mejor forma de garantizar la equidad en la competencia electoral es válida, ella no es la única pregunta que nos podemos hacer. Limitar nuestro debate a esa cuestión implica asumir un compromiso con una teoría elitista de la democracia que restringe fuertemente la participación ciudadana. Si nuestro compromiso es con el republicanismo, debemos repensar cuáles son las preguntas que nos hacemos a la hora de pensar en las campañas electorales.

BIBLIOGRAFÍA

- BERLIN, Isaiah, *Dos conceptos de libertad*, Oxford, 1958.
- BESSETTE, Joseph M., “Deliberative democracy: the majority principle in republican government”, en GOLDWIN, Robert A. & SCHAMBRA, William A. (eds.), *How democratic is the Constitution?*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1980, Washington D.C.

- CONSTANT, Benjamin, “Sobre la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos”, en *Libertades*, Verano 2013, pp. 83-95, traducción de Carlos Patiño Gutiérrez.
- DOWNES, Anthony, *An economic theory of democracy*, Harper and Row, 1957, Nueva York.
- ESTLUND, David, *La autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*, Siglo XXI Editores, 2011, Buenos Aires, traducción de Sebastián Linares y Sara Palacio Gaviria.
- FEARON, James D., “La deliberación como discusión”, en ELSTER, Jon (ed.) *Democracia deliberativa*, Gedisa, 2001, España, traducción de José M. Lebrón.
- FISS, Owen, “Money and politics”, en *Columbia Law Review*, Vol. 97, N° 8, 1998, pp. 2470-2484.
- , *Libertad de expresión y estructura social*, Distribuciones Fontamara, 1997, México, traducción de Jorge Malem Seña.
- , *The irony of free speech*, Harvard University Press, 1996, Cambridge.
- FÖHRIG, Alberto, SCHERLIS, Gerardo, SECCHI, Pablo y otros/as, “Debates: Financiamiento de campañas políticas”, en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 12, N° 1, octubre de 2011, pp. 191-207.
- GARGARELLA, Roberto, “Constitucionalismo y libertad de expresión” en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo II, Abeledo Perrot, 2009, Buenos Aires.
- , *La justicia frente al gobierno*, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, Quito.
- , *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz editores, 2014, Buenos Aires.
- GUIDI, Sebastián & NIETO, Juan, “Limitaciones a las campañas electorales: la expresión política del dinero y sus costos”, en *Lecciones y Ensayos*, N° 87, 2009, pp. 309-336.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2ª edición en español, FCE, 1980, Buenos Aires, traducción de Manuel Sánchez Sarto.
- KANT, Immanuel, *Teoría y praxis*, Prometeo, 2008, Buenos Aires, traducción de Emilio Esitú.
- LINARES, Sebastián, *Democracia participativa epistémica*, Marcial Pons, 2017, Madrid.

- MADISON, James, HAMILTON, Alexander & JAY, John, *El federalista*, 2ª edición en español, FCE, 2001, México D.F., traducción de Gustavo R. Velazco.
- MANIN, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Alianza, 1998, Madrid.
- MARTÍ, José L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, 2006, Madrid.
- MILL, John S., *On liberty*, Oxford University Press, 2015, Gran Bretaña.
- NINO, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, 1997, Barcelona, traducción de Roberto Saba.
- O'DONNELL, Guillermo, *Democracia, agencia y estado. Teoría con intención comparativa*, Prometeo, 2010, Buenos Aires.
- PAGE, María & MIGNONE, Josefina, “Dinero, partidos y campañas. Hoja de ruta para avanzar hacia un sistema de financiamiento más eficiente y transparente”, CIPPEC, Recomendación 185, Marzo 2017.
- PRZEWORSKI, Adam, *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*, Siglo XXI editores, 2010, Buenos Aires, traducción de Stella Mastrangelo.
- ROSLER, Andrés, *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Katz editores, 2016, Buenos Aires.
- SCHUMPETER, Joseph A., *Capitalism, socialism and democracy*, 5ª edición, Taylor and Francis, 2003, Gran Bretaña.
- STRAUSS, David A., “Corruption, equality and campaign finance reform”, en *Columbia Law Review*, Vol. 94, N° 4, Mayo de 1994, pp. 1369-1389.
- SUNSTEIN, Cass, *Democracy and the problem of free speech*, The Free Press, 1995, Estados Unidos.
- United States Supreme Court, “Buckley v. Valeo”, 29/01/1976, *424 U.S. 1 (1976)*.
- VAN REYBROUCK, David, *Against elections. The Case for Democracy*, The Bodley Head, 2016, Londres.
- YOUNG, Iris M., *Democracy and inclusion*, Oxford University Press, 2002, Gran Bretaña.

SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS MECANISMOS DE DEMOCRACIA DIRECTA. UN ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA*

EMILIANO MARTÍN VITALIANI**

Resumen: La pregunta que este trabajo pretende responder es cómo deberían tratar los tribunales a los productos de los mecanismos de democracia directa. Para esto, el marco teórico elegido es la teoría de la democracia deliberativa. Esta teoría nos da argumentos para sostener que el grado de deferencia que los tribunales deben tener hacia los *outcomes* de los mecanismos de democracia directa es mayor al que les corresponde a las leyes regularmente sancionadas. Una vez dicho esto, estudiaremos en qué medida satisface la legislación argentina un cierto estándar deliberativo y, por lo tanto, cuál debe ser el nivel de deferencia hacia las leyes sancionadas por la ciudadanía de forma directa, afirmando que el nivel de deferencia debe ser moderadamente alto.

Palabras clave: control de constitucionalidad — democracia directa — democracia deliberativa

Abstract: The question this paper aims to answer is how should courts analyze the outcomes of direct democracy mechanisms. The theoretical framework we choose is deliberative democracy theory. This theory provides us with arguments that let us say the level of deference courts should have for direct democracy outcomes is higher. Once we have said this, we will study to which degree Argentin-

* Recepción del original: 04/12/2018. Aceptación: 17/02/2019.

** Estudiante de Abogacía y Ciencia Política (UBA). Becario DeCyT y ayudante alumno de Elementos de Derecho Constitucional cátedra Gargarella – Tauber Sanz. Agradezco a la Universidad de Buenos Aires haberme brindado el marco apropiado para el desarrollo de esta investigación. Asimismo, a María Emilia Barreyro, sin cuya dirección, predisposición y ayuda hubiera sido imposible siquiera pensar en escribir este texto. También agradezco a Patricio Méndez Montenegro y Roberto Gargarella, cuyas lecturas de versiones previas de este trabajo suscitaron comentarios que me ayudaron a incorporar matices y revisar algunas posiciones.

ian legislation satisfies some deliberative standard and thus, what is the level of deference Argentinian judges should have to direct democracy outcomes, concluding it is moderately high.

Keywords: judicial review — direct democracy — deliberative democracy

I. INTRODUCCIÓN

Los mecanismos de democracia directa (o MDD) viven, en la actualidad, un momento de auge en América Latina.¹ No solo la frecuencia de su utilización ha aumentado exponencialmente en los últimos años, sino que esta mayor frecuencia ha venido de la mano con su consagración explícita en las constituciones latinoamericanas a partir de los años 90.²

La Argentina no es la excepción a esta regla, sino que forma parte de esta en virtud de que estos mecanismos fueron incorporados en la reforma constitucional de 1994 en los artículos 39 y 40, ampliando así las posibilidades de participación ciudadana directa.

El presente trabajo se propone indagar la cuestión del tipo de control de constitucionalidad que les corresponde a las decisiones que pudieran emanar de la utilización de estos mecanismos (en particular de la consulta popular vinculante, ya que es el único caso en el que la ciudadanía decide efectivamente) a la luz de la teoría de la democracia deliberativa.

La cuestión que intentaremos dilucidar a lo largo de este trabajo es cómo deberíamos leer las disposiciones que surgen de los MDD, es decir qué grado de deferencia debe tener el poder judicial a la hora de evaluar la constitucionalidad de las leyes que surjan de referéndums vinculantes, *ceterisparibus* las demás variables, como pueden ser la materia sobre la cual se realiza la consulta popular. Esto podría resultar relevante para perspectivas como las de Ely,³ quien afirma que el rol de los jueces es el de custodiar el libre juego democrático, por lo que es en las materias que lo afectan donde debe tener un mayor activismo.

Quisiera en este punto aclarar qué preguntas no serán respondidas aquí. En primer lugar, no queremos hacer ninguna afirmación sobre quién

1. GARGARELLA & COURTIS, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano de ayer...", p. 11.

2. WELP, "El referendo en América Latina. Diseños...", pp. 26-42.

3. ELY, *Democracy and Distrust*.

debe realizar el control de constitucionalidad. Si bien la pregunta por la última palabra en la organización institucional es absolutamente central para la teoría constitucional, no se encontrarán aquí respuestas a esta. En segundo lugar, resulta importante destacar que tampoco indagaremos en la cuestión de los remedios judiciales apropiados. La cuestión de los remedios judiciales apropiados desde la teoría de la democracia deliberativa ha despertado la atención de la academia, en particular poniendo el foco en las soluciones dialógicas al problema del control judicial de constitucionalidad. Sin embargo, este tampoco es el objeto de nuestro trabajo.

Para desarrollar la respuesta a la pregunta planteada aquí, el trabajo estará estructurado en siete partes. Una vez realizada esta introducción, definiremos en las partes dos y tres los conceptos sobre los cuales se cimentará el resto del presente trabajo. En primer lugar, la teoría de la democracia deliberativa y en segundo, los fundamentos teóricos de la organización institucional con la que contamos. Una vez hecho esto, nos preguntaremos si las decisiones tomadas mediante prácticas deliberativas deben contar, en términos ideales, con una mayor deferencia por parte de los jueces a la hora de realizar el control de constitucionalidad que aquellas normas que surjan de procesos con una baja calidad deliberativa. Para esto indagaremos los fundamentos teóricos del control judicial de constitucionalidad a la luz de una concepción particular de la democracia, su concepción deliberativa.

Una vez resuelta esta cuestión nos proponemos analizar si la regulación de los referéndums vinculantes en la Constitución de la República Argentina tiende o no a satisfacer el ya mencionado estándar deliberativo, y por lo tanto en qué medida aplica la respuesta que dimos a la primera cuestión.

De la respuesta a estas dos preguntas se desprenderá que no es igual el grado de deferencia que los jueces deben a las leyes sancionadas mediante mecanismos de democracia directa que aquel correspondiente a las decisiones emanadas del congreso. Esto en virtud de que las credenciales deliberativas de los MDD son mayores por lo que los jueces deben tener mayor deferencia hacia las decisiones que de ellos emanen.

La sexta parte busca analizar cómo las respuestas a estas preguntas se insertan en el marco legal dado por el art. 40 de la Constitución Nacional y su ley reglamentaria, la Ley N°25.432. Diremos allí que el plexo normativo cuenta con algunos problemas desde el punto de vista deliberativo. Sin embargo, terminaremos por concluir que, en principio, los MDD deben contar con una mayor deferencia por parte de los jueces a la hora de evaluar su constitucionalidad.

II. DEMOCRACIA DELIBERATIVA

La teoría de la democracia deliberativa vive desde los 80 un auge en el mundo académico. El núcleo de esta consiste en que la legitimidad de las decisiones políticas surge de la deliberación entre ciudadanos en pie de igualdad.⁴

Podemos reconocer en esta afirmación una dimensión deóntica relacionada con la justificación como principio básico de justicia⁵ y una justificación epistémica, según la cual la deliberación nos lleva a tomar mejores decisiones.⁶ Si la democracia se justifica no solo por los principios sobre los que se cimienta, sino por la imparcialidad de sus *outcomes*,⁷ una forma particular de la democracia que nos permita tomar decisiones más confiables es deseable.

Lo cierto es que no tenemos la necesidad de elegir entre estas dos justificaciones de la democracia deliberativa, sino que bien podemos adscribir tal como lo hacen algunos autores, a una concepción que involucre tanto principios de justicia como una dimensión epistémica de la democracia.⁸

Resulta evidente que aquellos que justifican su concepción deliberativa de la democracia a partir de principios morales o de justicia no necesitan más que mostrar que la corrección de esta postura en un plano filosófico. Sin embargo, resulta más complejo mostrar las virtudes epistémicas de la democracia deliberativa. Vienen en auxilio de esta tarea algunas hipótesis que son condición de posibilidad de la concepción epistémica.

En primer lugar, diremos que la concepción epistémica se sostiene sobre la hipótesis de que la falta de imparcialidad en las decisiones no surge como consecuencia de las inclinaciones autointeresadas de los actores que participan en el proceso de su formulación. Al contrario, aunque los actores muchas veces busquen decidir de acuerdo con el bienestar general, estas decisiones no llevan a su satisfacción en virtud de errores sobre los hechos o sobre cuestiones morales que podrían ser subsanados mediante una participación inclusiva.⁹ Tal como lo afirma Gargarella:

4. BOHMAN, "The Coming Age of Deliberative Democracy", pp. 400-425.

5. FORST, *Justificación y crítica*.

6. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, pp. 154-202; ESTLUND, "Between fairness and deliberation: the epistemic...", pp. 173-204.

7. ROSANVALLON, *La legitimidad democrática*, pp. 119-182.

8. LINARES, *Democracia participativa epistémica*.

9. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 168.

"El presupuesto es que el sistema de toma de decisiones gana en imparcialidad en la medida en que surja de una discusión amplia e inclusiva, en la que, en particular, se escuche a todos los que disienten, piensan distinto y desafían las decisiones establecidas".¹⁰

Si los agentes nos comportáramos de forma puramente egoísta y autointeressada, el diálogo sería fútil dado que, en caso de tener información perfecta sobre los medios para satisfacer nuestro interés egoísta, no habría razones que nos hagan cambiar nuestra decisión respecto de determinada cuestión. Sin embargo, estudios tanto de tipo teórico¹¹ como empírico¹² nos muestran que las pautas de comportamiento en nuestra vida como agentes políticos difieren de aquellas bajo las cuales podemos explicar nuestro accionar como actores en el plano económico.

De esta forma, podemos afirmar que uno de los pilares sobre los cuales se sustenta la rama epistémica de la teoría de la democracia deliberativa es el hecho de que las preferencias de los individuos no son fijas, sino que dada una situación de diálogo en la que los ciudadanos pueden exponer en pie de igualdad sus puntos de vista, las posturas de los individuos pueden ser modificadas de acuerdo con las *razones* que sus conciudadanos aporten durante el debate.

La deliberación sobre la base de razones no puede darse en el vacío. Existen ciertos derechos cuya existencia es previa al proceso deliberativo, dado que son condición de posibilidad de este. Reconocemos genéricamente el "derecho a la participación".¹³ Sin embargo, cabe preguntarse qué se necesita para participar. En este sentido, Nino afirma que existen "derechos *a priori*" que promueven el valor epistémico de la democracia. Expresado en sus palabras:

"El valor epistémico de una democracia requiere que se cumpla con ciertos prerrequisitos sin los cuales no existiría una razón para diferenciar los resultados de la democracia. Estas condiciones incluyen: la participación libre e igual en el

10. GARGARELLA, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al...", p. 124.

11. ELSTER, "The market and the forum", pp. 3-33.

12. FUNG, "Recipes for Public Spheres: Eight Institutional..."; WENZEL, "Direct Democracy and Minorities: Changing Attitudes...", pp. 228-248.

13. WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, pp. 325-351.

proceso de discusión y toma de decisiones; la orientación de la comunicación en el sentido de la justificación; la ausencia de minorías congeladas y aisladas, y la existencia de un marco emocional para la argumentación".¹⁴

Desde la perspectiva de Estlund también existen derechos que son condición de posibilidad del correcto funcionamiento democrático, aunque sin llamarlos derechos *a priori*. Entre ellos enumera de forma no taxativa el derecho a asociarse, a participar de los asuntos públicos y a expresarse libremente.¹⁵

Este *background* es necesario para el proceso deliberativo, aunque no es suficiente. Para considerar a una decisión legítima desde la democracia deliberativa, las razones deben revestir ciertas particularidades, es decir que no cualquier razón es válida para justificar una decisión.¹⁶ Las razones otorgadas en el debate público deben ser públicas, es decir que deben ser potencialmente aceptables por todos los participantes razonables. De esta forma algunas justificaciones quedan fuera del debate, mejorando la probabilidad de que el resultado que surja del debate sea, efectivamente, imparcial.

El tipo de justificaciones que nos exige la democracia deliberativa pareciera ser un punto de contacto entre las ya mencionadas ramas epistémica y deóntica de esta teoría. Encontramos así conceptos similares al de razón pública en exponentes de ambos grupos. En este sentido resultan especialmente esclarecedores los conceptos de "aceptabilidad" y "generalidad" desarrollados por Estlund y Forst respectivamente.

El primero de ellos, un referente de la rama epistémica de la teoría de la democracia deliberativa sostiene que los argumentos deben ser aceptables para todas las personas calificadas.¹⁷ Por otro lado, Forst, referente de la rama deóntica, define el requisito de generalidad que deben poseer las justificaciones de la siguiente forma:

"Generalidad significa que los fundamentos que han de sustentar la validez normativa para las normas como las de los derechos humanos deben poder ser com-

14. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 192.

15. ESTLUND, *La autoridad democrática*, pp. 231-232.

16. RAWLS, "The concept of public reason", pp. 93-110.

17. ESTLUND, *La autoridad democrática*, pp. 71-101.

partidos por todos los afectados, contemplando sus intereses y reivindicaciones (recíprocamente) legítimos".¹⁸

Vemos así que la cuestión de las razones públicas resulta transversal a la teoría de la democracia deliberativa y crucial para su adecuada comprensión.

Dadas las virtudes epistémicas de la deliberación colectiva, los resultados que surjan de esta serán presumiblemente valiosos.¹⁹ Sin embargo, la democracia no se trata solamente de conseguir resultados imparciales que maximicen el bienestar general. El principio igualitario resulta esencial para cualquier fundamentación adecuada de la legitimidad de las decisiones democráticamente tomadas.²⁰

III. ALEJANDO A LA CIUDADANÍA DE LAS DECISIONES

La preocupación por la igualdad y la promoción del bien común forma parte esencial de los debates que fundaron las democracias constitucionales y, en especial, de aquel ocurrido en Estados Unidos.²¹

En términos históricos podemos decir que el control judicial de constitucionalidad surgió después de la guerra de independencia en Estados Unidos. Allí muchos pequeños campesinos lucharon por la independencia dejando de lado sus intereses particulares y poniendo en juego su patrimonio. De esta forma la guerra dejó a los campesinos sumamente endeudados, encontrándose así la población dividida en deudores y acreedores una vez finalizado el enfrentamiento armado.

Dado que los deudores constituían una mayoría, ellos utilizaron las legislaturas para promover medidas que hicieran posible un alivio económico, típicamente la emisión de papel moneda, a los fines de contar con dinero para saldar sus deudas. Como reacción a este movimiento legislativo es que nació un sistema institucional con elementos contramayoritarios

18. FORST, *Justificación y crítica*, p. 65.

19. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 190.

20. LINARES, *Democracia participativa epistémica*, pp. 70-73; ROSANVALLON, *La legitimidad democrática*.

21. SUNSTEIN, "Interest Groups in American Public Law", pp. 29-87.

y una filosofía que le dio fundamentos teóricos a esta forma particular de organizar el poder.²²

Tal como dijimos, el control judicial de constitucionalidad surgió en un contexto histórico muy particular y tuvo un correlato teórico, cuyo mayor exponente lo constituyen los textos de *El federalista*, al cual haremos mención a continuación.

El primer elemento a tener en cuenta para comprender la filosofía de los federalistas es su desconfianza respecto de las mayorías en virtud de su tendencia al comportamiento faccioso, concebido como propio de la naturaleza del hombre.²³ De esta forma, el gobierno del pueblo por sí mismo llevaría a la satisfacción de intereses particulares y no del bien común.

La concepción antropológica negativa de la cual ellos partieron resulta esencial para la fundamentación de ciertos arreglos institucionales. Según ellos, los hombres tienden naturalmente a agruparse en facciones, ni siquiera el mejor estadista ilustrado podría evitarlo, por lo que resulta fútil buscar la unanimidad ya que "las causas de la facción no pueden suprimirse y que el mal solo puede evitarse teniendo a raya sus efectos".

Siguiendo este razonamiento, dado que la formación de facciones y el correspondiente comportamiento faccioso es inevitable, la organización del gobierno debe procurar que ninguna facción controle la totalidad del poder, avasallando los derechos de las minorías y solamente gobernando de acuerdo con su interés particular.

Como consecuencia de esta preocupación, se idea un sistema representativo con controles endógenos en el cual "la ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición".²⁴ De esta forma la irracionalidad de las mayorías contaría con muchas barreras antes de imponerse sobre las minorías. Una de las manifestaciones más evidentes de este sistema de frenos y contrapesos es el control judicial de constitucionalidad.²⁵

Nos encontramos así con un sistema ideado para que resulte sumamente dificultoso para la ciudadanía (o al menos para una mayoría de ella) llegar a tomar decisiones políticas trascendentes. Esta dificultad viene dada por el bicameralismo, el federalismo, la representación política y el control judicial de constitucionalidad. Dejaremos aquí de lado el federalismo y nos

22. GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno. Quito...*, pp. 35-63.

23. MADISON, HAMILTON & JAY, *El federalista*, X.

24. MADISON, HAMILTON & JAY, *El federalista*, p. 220.

25. MADISON, HAMILTON & JAY, *El federalista*, LXXVIII.

concentraremos en las otras tres instituciones que limitan el poder de las mayorías ciudadanas.

El bicameralismo representa una traba para la sanción de leyes en tanto ellas no requieren solamente su aprobación por parte de los representantes de la mayoría de los votantes, sino también de la mayoría de las unidades subnacionales (Estados o Provincias) lo cual otorga poder de veto a las unidades subnacionales pequeñas en términos de población. De esta forma, no basta con que la mayoría de la población vote representantes que realicen su voluntad para lograr la aprobación de una ley, sino que se debe contar con la conformidad de la mayoría de las provincias.

Por otro lado, encontramos a la representación como una forma de limitar el accionar ciudadano en política. La representación política no es intrínseca a los gobiernos democráticos. Hasta el siglo XVIII la representación era considerada aristocrática, siendo la decisión en asamblea y el sorteo los dos métodos que mejor realizaban el ideal democrático, en tanto ambos consagraban plenamente el principio de igualdad.²⁶

Por el contrario, si bien la representación contiene elementos democráticos, ella cuenta también con algunos otros de carácter aristocrático. Opera allí lo que Manin llama "principio de distinción", según el cual los representantes, lejos de tender a la semejanza con sus electores, deben diferenciarse ya que son electos en virtud de las cualidades particulares con las que cuentan.²⁷ Tal como afirma el mencionado autor, "[e]l hecho fundamental sobre las elecciones es que son *simultánea* e indisolublemente igualitarias y no igualitarias, aristocráticas y no aristocráticas".²⁸

Este distanciamiento de la ciudadanía respecto de la toma efectiva de decisiones mediante la aparición de la representación es explícitamente defendido por los federalistas²⁹ a los fines de discernir correctamente cuáles son los intereses del país. De esta forma, quien toma las decisiones políticas no es más la ciudadanía sino un conjunto cualitativamente distinto de personas, quienes efectivamente gobiernan. En palabras de Manin:

26. MANIN, *Principios del gobierno representativo*, pp. 19-58.

27. MANIN, *Principios del gobierno representativo*, pp. 103-163.

28. MANIN, *Principios del gobierno representativo*, p. 185.

29. MADISON, HAMILTON & JAY, *El federalista*, pp. 39-41.

“[e]l gobierno representativo no es un sistema en el cual la comunidad se auto-gobierna, sino un sistema en el que las políticas y las decisiones públicas son sometidas al veredicto del pueblo”.³⁰

Por último, tal como vimos, el control judicial de constitucionalidad por el que abogaban los federalistas tenía el fin explícito de poner un límite a las decisiones mayoritarias, dado que ellas podían implicar violaciones inaceptables a los derechos de las minorías.

Esta filosofía, que distanciaba al pueblo de la toma efectiva de decisiones, fue rechazada por los antifederalistas por contradecir los valores republicanos³¹ y el principio de autogobierno colectivo. Sin embargo, los antifederalistas fueron derrotados y el modelo de Madison se impuso.

América Latina reeditó este debate. Quienes discutieron estos asuntos en nuestro continente pueden ser agrupados en radicales, liberales y conservadores. Las constituciones latinoamericanas surgieron como producto de un pacto entre los últimos dos grupos, los cuales se distanciaban en su concepción de los derechos civiles (mientras que los liberales abogaban por libertades civiles amplias, los conservadores promovían un proyecto moralmente perfeccionista) pero coincidían en su voluntad de restringir los derechos políticos.³²

Tal como vimos, las posiciones de los debates constitucionales en Latinoamérica se asemejaban a las posiciones de los federalistas y los antifederalistas en Estados Unidos. Finalmente, el debate decantó en soluciones similares a la estadounidense, es decir en constituciones que consagraban un sistema de frenos y contrapesos, aunque con un desbalance en favor del Poder Ejecutivo.

Nos interesan aquí en particular las coincidencias existentes entre la Constitución de Estados Unidos y de la República Argentina, ya que ello nos permitirá tomar los fundamentos vertidos en el debate constitucional estadounidense para desarrollar nuestra propia argumentación.

Nuestra Constitución consagra, al igual que la de Estados Unidos, un sistema mixto en el cual existe un gobierno central sin que por ello dejen de ser relevantes las provincias. Este sistema es defendido por Alberdi, quien

30. MANIN, *Principios del gobierno representativo*, p. 236.

31. SUNSTEIN, “Interest Groups in American Public Law”, pp. 35-38.

32. GARGARELLA, *La sala de máquinas de la Constitución*, pp. 13-90.

aboga por que este sistema mixto se vea reflejado en el Congreso a través del bicameralismo. De esta forma una de las cámaras representa a las provincias en su soberanía local, mientras que la otra representa al pueblo de la nación. Vemos así que se repite aquí el bicameralismo, característica estudiada más arriba.³³

Por otro lado, al tratar el sistema electoral Alberdi ni siquiera se cuestiona explícitamente si el pueblo debe participar de forma directa en la toma de decisiones de alguna forma, sino que indaga en las características que deben tener los representantes, afirmando que a los extranjeros no se les debe restringir la posibilidad de ser electos, ya que la Argentina es escasa en hombres. Sin embargo, sí se deja traslucir su voluntad de alejar a la ciudadanía del gobierno efectivo mediante la "elección doble o triple", la cual constituye la mejor forma de "purificar" el sufragio.³⁴

Este pasaje nos muestra que Alberdi (como buen liberal) repite la desconfianza de los federalistas hacia la ciudadanía. Nadie busca purificar algo que considera bueno. Este argumento se encuentra desarrollado en el capítulo XII de las *Bases*, en el que Alberdi explicita esta desconfianza, afirmando que "no estamos bastante sazoados para el ejercicio del gobierno representativo", por lo que el autor propone "una constitución monárquica en el fondo y republicana en la forma".³⁵ Encontramos así fuertes coincidencias tanto entre las filosofías que inspiraron las constituciones estadounidense y argentina, así como en las organizaciones institucionales que de ellas surgieron con las diferencias ya mencionadas.

IV. DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA

Es en el contexto de constituciones con este trasfondo teórico que, como ya dijimos, se incorporan en América Latina sobre el final del siglo XX y principios del XXI mecanismos de democracia directa dentro del sistema institucional, generalmente a nivel constitucional. En

33. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para...*, pp. 145-151.

34. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para...*, pp. 145-151.

35. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para...*, pp. 63-66.

el caso argentino específicamente, nos encontramos así con una institución propia de la tradición democrática radical en una constitución liberal conservadora.

Ahora bien, ¿tiene algo para decirnos la teoría de la democracia deliberativa sobre este nuevo mecanismo institucional y su inserción en el ya mencionado sistema de frenos y contrapesos? ¿Le cabe el mismo control de constitucionalidad a las leyes surgidas del parlamento que a aquellas que son producto de un referéndum vinculante?

Debemos, en primer lugar, hacer algunas aclaraciones preliminares. Cuando hablemos aquí sobre control judicial de constitucionalidad nos referiremos a su forma clásica, al menos en nuestro continente. Esta forma de control de constitucionalidad es aquella que es tributaria de la "lógica Marshall", según la cual las únicas dos opciones con las que cuentan los tribunales a la hora de decidir sobre una ley que contradice la Constitución son declararla inválida o quitarle el carácter supremo a la Constitución.³⁶

El control judicial ha experimentado avances en los remedios que impone en sus sentencias en los últimos años. Algunos de estos avances resultan novedosos y podrían ser compatibles con una concepción deliberativa de la democracia.

Clásicamente encontramos las formas dialógicas de control de constitucionalidad, cuyo máximo exponente es la *notwithstanding clause* de la Constitución de Canadá. Esta cláusula establece que ante la declaración de inconstitucionalidad de una norma la Corte no la invalidará, sino que la reenviará al parlamento para su discusión. El parlamento puede ante este reenvío acatar la decisión de la Corte, modificar su legislación o insistir con la ley original. Esto muchas veces puede significar un esfuerzo interpretativo tal que el Parlamento se ve forzado a modificar su ley original a la luz de lo decidido por la Corte. Estas revisiones dialógicas permiten que los ciudadanos y los parlamentos evalúen los argumentos brindados por la Corte a la hora de declarar una inconstitucionalidad.³⁷ Por supuesto, este tipo de revisión de la legislación pareciera ser compatible y hasta deseable desde una perspectiva deliberativa de la democracia, dado que impone un mayor esfuerzo argumental a quienes sostienen que se debe tomar una determinada decisión.

36. United States Supreme Court, "Marbury v. Madison", 1803.

37. TUSHNET, "Revisión Judicial Dialógica".

Otra de las formas en las que el control judicial puede contribuir al diálogo democrático es a través del "efecto de desbloqueo" que pueden tener las sentencias.³⁸ Al dictar sentencias que no impongan soluciones particulares pero que sí den cuenta de una problemática central de una sociedad, los jueces pueden producir e influir en el debate político de una comunidad. Esta influencia consiste en, a partir de una sentencia judicial, colocar un tema en la agenda pública, ya sea mediante la producción de información sobre él o mediante la activación de las burocracias estatales. Al desestancar el debate sobre una cuestión relevante la Corte contribuye a la deliberación colectiva en lugar de atentar contra ella.

Si bien estas formas y funciones del control judicial de constitucionalidad resultan centrales para la literatura actual, no son ellas la que nos ocuparán aquí. Cuando hablemos de control judicial de constitucionalidad en este trabajo nos referiremos, como dijimos, a su forma tradicional, la cual ha imperado tanto en la Argentina (con algunas salvedades) como en Estados Unidos. Nos preguntaremos aquí por la relación entre esta forma particular de control judicial y la teoría de la democracia deliberativa, dejando de lado aquellas descritas más arriba.

Para responder esta pregunta, comenzaremos por estudiar cuál es la relación entre la teoría de la democracia deliberativa y el control judicial de constitucionalidad. Esta parte del trabajo busca aproximarse a las preguntas que nos hicimos más arriba de forma meramente teórica. No buscaremos respuestas en ningún sistema institucional en particular, sino que estudiaremos desde una perspectiva conceptual cómo debe ser el test realizado por los tribunales a la hora de evaluar la constitucionalidad de una ley para la teoría de la democracia deliberativa.

Podemos, en principio, aproximarnos a las respuestas que buscamos a través de las preocupaciones que fundan el control de constitucionalidad. El control judicial de constitucionalidad, tal como indica Gargarella,³⁹ funciona presuponiendo como *input* el egoísmo y el accionar autointeresado. De esta forma no se les exige a los actores un accionar virtuoso en términos individuales a los actores, sino que se supone que mediante su ambición

38. RODRÍGUEZ GARAVITO & RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social: cómo la...*, pp. 128-141.

39. GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno. Quito...*, p. 127.

se *economiza la virtud* en términos colectivos,⁴⁰ a los fines de evitar el sometimiento de grupos minoritarios.

Sin embargo, estos presupuestos no son compartidos por la teoría deliberativa de la democracia, tal como vimos más arriba. Esta teoría presupone (con sustento empírico) que en la esfera pública los agentes son susceptibles a las razones que sus conciudadanos puedan ofrecerles en el marco de una deliberación colectiva sobre asuntos de interés público. Nos preguntaremos aquí si, cambiando estos presupuestos, tenemos algo nuevo para decir sobre la forma en la que el control judicial de constitucionalidad es ejercido.

IV.A. Razones públicas

Como vimos en la segunda parte de este trabajo, la teoría de la democracia deliberativa nos exige cierto tipo particular de razones a la hora de fundamentar la adopción de una determinada posición en un debate. Estas razones deben ser de carácter público, es decir que deben ser potencialmente aceptables por todos los ciudadanos razonables.

El comportamiento faccioso y autointeresado queda así prácticamente de lado, dado que los fundamentos de las decisiones legítimas se encuentran en criterios morales o de justicia independientes de los actores. Si bien una persona puede defender una postura que la beneficia, debe justificarlo ante sus conciudadanos sobre la base de razones distintas de su interés individual y someterse a los argumentos brindados por los demás partícipes del debate.

Al fundarse las decisiones en razones públicas, se independizan las motivaciones de los actores que las sostienen. Dado que nunca sería potencialmente aceptable para una minoría una medida que la oprima, una decisión de este tipo resultaría imposible de adoptar desde una perspectiva deliberativa. El requisito de aceptabilidad de las razones excluye a las decisiones que atentan injustificadamente contra los derechos de una minoría. Por lo tanto, el debate sobre la base de razones públicas funciona como salvaguardas contra la tiranía de la mayoría.

La exigencia de fundar en razones públicas la postura sostenida en el debate público produce que ciertas posturas y ciertas argumentaciones

40. ACKERMAN, *We the people. Foundations*, pp. 224-227.

queden excluidas. Un miembro de un grupo mayoritario no podría fundar su propuesta opresiva sobre la base de razones que resulten potencialmente aceptables para la misma persona que busca oprimir. Por lo tanto, queda sumamente reducida la posibilidad de que una decisión que satisfaga el requisito deliberativo de la fundamentación en razones públicas resulte opresiva para una minoría.

Vemos así que la teoría de la democracia deliberativa resuelve por medios distintos lo que Madison y el constitucionalismo liberal buscaban prevenir mediante un sistema de frenos y contrapesos. Lo que los federalistas buscaban resolver a través de mecanismos institucionales, la teoría de la democracia deliberativa lo resuelve a través de la suma de un nuevo requisito del procedimiento democrático: la fundamentación sobre la base de razones públicas. Por lo tanto, podemos decir hasta aquí que si nos encontráramos ante un proceso deliberativo ideal el control judicial de constitucionalidad carecería de sentido.

IV.B. Provisionalidad

Gutman y Thompson sostienen que la provisionalidad de los principios morales y políticos adoptados resulta una de las claves de la democracia deliberativa.⁴¹ Dado que siempre pueden aparecer nuevos argumentos (teóricos o empíricos) que nos hagan cambiar de opinión, ningún principio (excepto el principio mismo de provisionalidad) está exento de ser modificado, lo que nos lleva a adoptar una concepción dinámica de la democracia.

Sin embargo, aquí nos encontramos reflexionando sobre el control judicial de constitucionalidad. Como resulta evidente, un elemento central para ejercer el control judicial de constitucionalidad es la misma Constitución. Una Constitución, ya sea pétrea o rígida, nace para durar, para mantenerse inalterada durante un tiempo prolongado. Esto resulta, en principio, contradictorio con lo que dijimos más arriba.

Si creemos que la Constitución tiene alguna importancia en una sociedad democrática, es justamente porque ella impide tomar un conjunto (reducido o no) de decisiones. Existe al menos una decisión que es incompatible con la Constitución. No suponer esto implica quitarle su carácter autoritativo y por lo tanto vaciarla de valor en tanto texto jurídico. Para

41. GUTMAN & THOMPSON, *Why deliberative democracy*, 110-119.

que tener una Constitución tenga alguna importancia para una comunidad política, ella debe ser contradictoria al menos con una decisión.

Si la Constitución funciona como un límite a las decisiones que podemos tomar, ese límite atenta contra el principio de provisionalidad expuesto más arriba. Si al finalizar un proceso deliberativo que nos llevó a concluir que una decisión tomada en el pasado es errónea no podemos modificarla, entonces el principio de provisionalidad se encuentra violentado.

En efecto, en este punto el lector podrá objetar que la lectura que proponemos aquí en torno a las constituciones es muy esquemática y hasta tal vez falsa, pues no contemplamos hasta aquí la función habilitante de los límites constitucionales,⁴² la textura abierta de los textos constitucionales (la cual habilita una interpretación dinámica de estos), ni la forma en que la práctica constitucional puede verse influida por los cambios que se dan en la sociedad civil, especialmente a través de los movimientos sociales.⁴³

La discusión en torno a estas diferentes lecturas del constitucionalismo excede largamente el objetivo de este trabajo. Ya vimos que desde una lectura (tal vez excesivamente) esquemática, la existencia misma de una Constitución y de un control de constitucionalidad que invalide leyes sobre la base de ella constituye una afrenta al principio de provisionalidad de las decisiones tomadas en una democracia deliberativa.

Sin embargo, incluso a través de lecturas más abiertas del constitucionalismo como la realizada por Siegel, vemos que la modificación de un cierto equilibrio constitucional resulta sumamente dificultosa. El nivel de movilización social, esfuerzo argumental y el alcance del cambio debe ser lo suficientemente alto como para cambiar un cierto estado de cosas, lo que hace que esta modificación sea muy costosa.

Si bien resulta posible aquí el cambio constitucional por vías informales, al tener un costo tan alto se daña la ya mencionada provisionalidad de los principios morales y políticos. Esto en tanto el *status quo* cuenta con una fuerza mucho mayor que la nueva interpretación constitucional, si bien resulta posible modificar la interpretación constitucional existente, esa modificación exige requisitos mucho más altos que los que se necesitan para conservar la interpretación vigente, dañando así el principio de provisionalidad.

42. HOLMES, "Precommitment and the paradox of democracy".

43. SIEGEL, "El rol de los movimientos sociales".

A la luz de estos argumentos, podemos decir que tanto desde una lectura esquemática del derecho constitucional que afirme que algunas decisiones están vedadas para los órganos democráticos como adoptando una perspectiva más informal que recepta los cambios que operan en la práctica a partir del accionar de la sociedad civil, el control de constitucionalidad tiene un efecto negativo en un principio central para la democracia deliberativa, la provisionalidad.

Concluimos así que, a la luz del tipo particular de razones que nos exige la teoría de la democracia deliberativa y del principio de provisionalidad, al menos la democracia deliberativa pone en jaque al control judicial de constitucionalidad, pudiendo haber una contradicción entre ellos. Esto porque el carácter público de las razones exigidas nos impide fundar la legitimidad de una decisión en un mero interés fáccioso. Este análisis ha sido realizado a nivel puramente ideal, tal como lo dijimos al principio de este apartado.

Sin embargo, los procesos reales difieren de nuestro ideal. Por lo tanto, cabe preguntarnos de qué presunciones nos permite hacer sobre las leyes la forma en que ellas son sancionadas. Nuestro objetivo aquí es saber si los productos de los MDD deben contar con un grado distinto de deferencia a la hora de su control de constitucionalidad que las leyes regularmente sancionadas. Por lo tanto, nos preocuparemos ahora por preguntarnos cuál de las dos formas de sanción de leyes (mediante un MDD o vía parlamento bicameral) se acerca más a un estándar deliberativo.

V. DEMOCRACIA DIRECTA VS. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

En esta sección estudiaremos si existe en el plano teórico alguna diferencia en términos deliberativos entre las decisiones adoptadas mediante mecanismos de democracia directa y aquellas que surjan de instituciones representativas. De esta manera, la forma de toma de decisiones que aparezca como la más adecuada a un estándar deliberativo será la que más deferencia deba recibir a la hora del control judicial de constitucionalidad, en virtud de los argumentos expuestos en el apartado anterior.

Resulta valioso para comenzar la exposición retomar los argumentos de Eule,⁴⁴ en tanto es quien mejor articuló una defensa de una mirada

44. EULE, "Judicial Review of Direct Democracy", pp. 1503-1590.

rigurosa (*hard judicial look*) sobre los *outcomes* de los mecanismos de democracia directa. Para empezar, podemos clasificar a los argumentos del mencionado autor en dos grupos: aquellos que refieren puramente al texto de la Constitución de Estados Unidos y los que tienen vinculaciones con la organización institucional de este país. Nos preocupa el segundo grupo, ya que es la ingeniería constitucional y no el texto lo que nuestro país tomó de Estados Unidos.

Eule afirma que la Constitución consiste en un sistema de filtros de la voluntad mayoritaria.⁴⁵ Estos filtros están dados por la representación, el bicameralismo y el control judicial de constitucionalidad. De esta forma se previene que las mayorías actúen de forma facciosa.

Los mecanismos de democracia directa cuentan con la particularidad de hacer desaparecer dos de los filtros que Eule reconoce: la representación y el bicameralismo. La Constitución construye un equilibrio entre las decisiones mayoritarias y los derechos de las minorías.⁴⁶ Mientras que las instituciones mayoritarias son aquellas que son elegidas mediante el voto popular, los derechos de las minorías están garantizados por el ya mencionado sistema de filtros y la existencia de principios que están más allá de la decisión mayoritaria. Dado que dos de los tres filtros (la representación y el bicameralismo) que la Constitución prevé en virtud de su desconfianza hacia las decisiones tomadas por la ciudadanía sin restricciones ya no existen, el otro debe tomar su lugar.

Según Eule, estos filtros constituyen un sistema y este sistema se ve alterado por la aparición de los mecanismos de democracia directa. De esta forma, el nivel de protección de las minorías, que estaba balanceado con los elementos mayoritarios de la Constitución, se ve reducido, produciéndose un desbalance. Por lo tanto, a los fines de reestablecer ese balance es que debe tomar fuerza el único elemento restante, el control judicial de constitucionalidad, el cual debe ser más estricto que para las leyes que surgen del Congreso.

Eule reconoce que muchas de las críticas que realiza a los mecanismos de democracia directa son trasladables al ámbito representativo, el cual también puede llevar a decisiones que perjudiquen a las minorías. Sin embargo, afirma que existe una diferencia sustancial entre los *outcomes* de

45. EULE, "Judicial Review of Direct Democracy", pp. 1522-1526.

46. EULE, "Judicial Review of Direct Democracy", pp. 1549-1550.

los MDD y los del Congreso. Al ser la actividad parlamentaria continua ella implica negociación constante a la hora de tomar decisiones. En este contexto las minorías se tornan relevantes ya que su apoyo puede resultar importante a la hora de tomar una decisión. Por el contrario, esta actividad constante no existe en los mecanismos de democracia directa. Allí no existe la posibilidad de prolongar una alianza estratégica en el tiempo en virtud de que los MDD se producen de forma aislada (*one-shot*) y de forma no continua, por lo que las minorías pierden poder y se encuentran en estado de indefensión frente a la voluntad mayoritaria.⁴⁷

Encontramos así que algunos de los filtros previstos por la Constitución están ausentes en los MDD, lo que podría poner en riesgo a las minorías y que, por lo tanto, debemos reforzar la última barrera contramayoritaria: el control judicial de constitucionalidad.

La argumentación de Eule es sumamente persuasiva. Ella toma los presupuestos teóricos de la organización institucional estadounidense y llega a conclusiones bien fundamentadas. Sin embargo, no se encuentra cuestionada allí la aceptación de esos presupuestos teóricos. Eule razona dentro del marco teórico de los federalistas, en un mundo de demonios, facciones e intereses puramente individuales, lo que lo lleva a sostener conclusiones válidas de conformidad con esas premisas.

El argumento de Eule resulta criticable por razones empíricas. Un repaso por los referéndums producto de iniciativas populares a nivel estatal en Estados Unidos y en distintos países de Europa muestra que numerosas decisiones tomadas a través de mecanismos de democracia directa favorecieron a grupos minoritarios, mientras que otras tantas decisiones judiciales cercenaron sus derechos.⁴⁸

Sin embargo, el presente trabajo no busca dar mejores respuestas dentro del marco teórico madisoniano, sino que parte de un marco teórico distinto. Vimos ya que la teoría de la democracia deliberativa tiene algo para decirnos sobre el control judicial de constitucionalidad. Más precisamente, dijimos (en un plano ideal) que las preocupaciones de Madison se encuentran resueltas en la teoría de la democracia deliberativa, aunque con otras herramientas. De esta forma, si los medios adecuados para resolver el problema de la parcialidad y el sometimiento de las minorías a la tiranía

47. EULE, "Judicial Review of Direct Democracy", p. 1556.

48. SPADIER, "A Hardcore Case against (Strong) Judicial...", pp. 55-99.

mayoritaria cambian, también cambiará nuestra mirada en torno al control judicial de constitucionalidad. Más aun, diremos que, dadas ciertas precondiciones, un debate entre ciudadanos y no ya entre representantes nos llevará a una decisión con un mayor grado de imparcialidad. Por el contrario, la representación podría transformarse en una distorsión de la voluntad popular y de una deliberación correcta. Por lo tanto, afirmaremos que los productos de los MDD deben contar con un mayor grado de deferencia a la hora de ejercer el control judicial de constitucionalidad.

V.A. Exclusión y desigualdad

Al comparar a la sociedad civil con los parlamentos encontramos algunas diferencias relevantes en lo que hace a la deliberación. Vimos, en la segunda sección, que la democracia deliberativa nos exige un debate entre ciudadanos iguales. Sin embargo, la actividad parlamentaria excluye a una gran parte de la población. Solamente una pequeña minoría tiene la posibilidad de participar en los debates que se dan en el parlamento, por lo que podemos pensarlo como la institucionalización de la exclusión en el debate público.⁴⁹

Por otro lado, el debate parlamentario implica la discusión de los textos legales complejos que se estén tratando. Esta discusión, por la propia naturaleza de su objeto, se da en términos técnicos, lo que excluye a todos aquellos que no estén en condiciones de comprender adecuadamente el lenguaje legal.⁵⁰

Si bien la esfera pública informal no garantiza la plena igualdad e inclusión, ellas son concebibles allí. Por el contrario, es la propia naturaleza de los cuerpos representativos la que excluye plenamente a una abrumadora mayoría de la deliberación, generándose así grandes dificultades en términos de inclusión e igualdad.

Dado que la legitimidad provenía según la teoría de la democracia deliberativa de un diálogo razonado entre iguales, las instituciones representativas tienden a minar esta legitimidad, dado que no satisfacen el requisito de la igualdad. Es cierto que el voto como legislador no es la única forma en la que los ciudadanos pueden participar en el debate parlamen-

49. BARREYRO, "The purest form of communicative power...", p. 9.

50. BARREYRO, "The purest form of communicative power...", p. 10.

tario. Las decisiones legislativas no surgen solamente de los legisladores, sino que ellas se ven influidas por mecanismos formales e informales de participación ciudadana. Entre ellos encontramos las audiencias públicas, la protesta social, apariciones en medios de comunicación y otras formas participativas. Sin embargo, estas formas participativas no equiparan al ciudadano con el legislador. La desigualdad –dado que es el Congreso el que finalmente tomará la decisión– sigue siendo enorme. Por lo tanto, el requisito de la igualdad en la deliberación se ve violentado (al menos parcialmente) por las instituciones representativas.

V.B. Información

Como vimos más arriba, por definición, una gran mayoría de las personas se encuentra excluida del debate parlamentario. Esto genera que la valiosa información con la que esas personas puedan contar quede por fuera de la discusión, alterando así el valor epistémico de las decisiones.

Dijimos en la tercera parte de este trabajo que el principio de la diferenciación implicaba que los representantes revestían este carácter no por asemejarse a la sociedad civil, sino por todo lo contrario. La representación, tal como bien lo reconoce Eule, tiene por función que las decisiones tomadas en las legislaturas no se parezcan a las tomadas por la sociedad, sino que sean mejores.

Ahora bien, el hecho de que los representantes sean diferentes a los representados implica que también contarán con información diferente. Dado que los representantes se diferencian de la sociedad, su *background* será distinto, sus experiencias personales serán distintas, la formación con la que cuenten será distinta y los problemas que vean en la sociedad, así como su modo de abordaje de estos, serán distintos.

Dada esta innegable diferencia entre representantes y representados, la información que aportarán al debate cada uno de ellos será distinta. Los representantes cuentan con un rol privilegiado tanto para brindar información al debate público como para establecer la agenda política, dañando así la base igualitaria que nos exige la teoría de la democracia deliberativa para llevar a cabo una discusión colectiva.

Asimismo, los mecanismos representativos muchas veces dejan afuera a minorías que podrían participar en el debate activamente si se les brindara un espacio. Supongamos que pertenecemos a un curso de cien personas

de las cuales noventa y nueve fuman y una no.⁵¹ En este pequeño curso contamos con dos formas alternativas de resolver las cuestiones que nos atañen a todos. Podríamos, por un lado, haber elegido tres representantes mediante nuestro voto para que ellos decidan cuáles serán nuestras reglas de convivencia. Por otro lado, podríamos también haber decidido que las cuestiones que nos atañen a todos serán resueltas por nosotros directamente, sin recurrir a la representación. Supongamos ahora que se nos presenta la pregunta sobre si permitir o no fumar en clase. Dado que los representantes son tres, es muy probable que la persona que no fuma no encuentre reflejada su posición al respecto en el órgano representativo. Asimismo, dado que la amplia mayoría de las personas (incluidos los mismos representantes) fuma, es dable esperar que ellos no consideren seriamente la posibilidad de que alguien se vea severamente afectado por la decisión de permitir que se fume en clase. Por el contrario, si todos los integrantes de la clase hubieran tenido la posibilidad de participar en el debate, el no fumador habría tenido su chance de explicar a los demás cuánto lo afectaba la decisión. Esto habría mejorado la calidad de la decisión, ya que los compañeros se habrían visto forzados a considerar la posición de nuestro individuo no fumador, la cual se encontraba excluida del debate entre representantes, pudiendo esto afectar la decisión final.

Por supuesto, como dijimos más arriba, existen formas en la que los ciudadanos pueden introducir información al debate entre representantes. Existen mecanismos formales e informales mediante los cuales los ciudadanos pueden participar en el debate. Sin embargo, los representantes se encontrarán mucho mejor situados que los representantes para establecer el *framing* del debate, así como para proveer información que sea utilizada como insumo en la deliberación.

De esta forma, un debate de representantes contará con menos información y argumentos que uno de ciudadanos en pie de igualdad, dado que por su reducido número y, por el ya explicado principio de la diferenciación, algunas voces quedarán necesariamente excluidas de los cuerpos representativos.

Incluso cuando los ciudadanos puedan introducir información en el debate, esta seguirá siendo sesgada, dada la preponderancia de los representantes a la hora de llevar a cabo esta tarea.

51. Tomo este ejemplo de las clases de Roberto Gargarella.

Dados estos dos elementos (información diferente y rol privilegiado en la deliberación) podemos afirmar que el debate contendrá un sesgo tanto en la información que se insuma como en el enfoque de los temas sujetos a discusión, y que en él resultará muy difícil escuchar voces que vengan de sectores ajenos a los representantes. Por el contrario, en un debate en donde todos tengan la posibilidad de realizar su aporte a la discusión en condiciones de igualdad, la información disponible reflejará mejor la información con la que realmente cuenta la sociedad, mejorando así el *outcome* de la deliberación.

V.C. Intereses

Supongamos, tal como lo hacen Elster⁵² y Estlund,⁵³ que los votantes cuentan tanto con preferencias egoístas como no egoístas. Una persona podría creer que hay buenas razones para adoptar una determinada medida, siendo que a su vez esa medida la perjudica en tanto individuo. Es decir que a la hora de decidir las personas ponderarán las razones públicas que sostengan una decisión (característica propia de perspectivas deliberativas) como el beneficio que ellos puedan obtener de la adopción de cierta medida (característica propia de perspectivas agónicas como la de Madison). No nos preocupa aquí cuál es el peso de cada una de las preferencias en abstracto, o si la importancia que se le dé a cada una dependerá del beneficio/perjuicio o de la fuerza de las razones en favor o en contra de una medida que existan en cada caso en concreto. Nos conformaremos con asumir que ambos elementos existen y que conviven a la hora de tomar decisiones políticas relevantes.

Ahora bien, nada nos hace pensar que estos elementos no existen también en los partidos políticos o en los legisladores en forma individual. Ellos también pueden verse beneficiados por medidas no fundadas en razones públicas, así como pueden ser perjudicados por políticas correctamente fundamentadas. A su vez, nada nos hace pensar que la proporción en la que existen estos elementos cambia cuando hablamos de legisladores o de partidos políticos. Si suponemos (tal como lo hacen los federalistas) que el comportamiento de los hombres se asemeja más al de los demonios que

52. ELSTER, "The market and the forum".

53. ESTLUND, *La autoridad democrática*.

al de los ángeles (suposición sobre la cual se funda el sistema institucional que proponen) nada excluye del grupo de los hombres a los legisladores, por lo que cabe hacerles extensiva esa presunción. Una vez aceptado esto, debemos preguntarnos cuál de los dos métodos de toma de decisiones (el de los ciudadanos por sí mismos o el de los representantes en las dos cámaras del Congreso) tiende a una mayor imparcialidad en sus *outcomes*.

A los fines de ilustrar el punto que queremos hacer aquí, utilizaremos el siguiente ejemplo. Supongamos que se discute la adopción de la medida A. Existen buenas razones de acuerdo con los estándares establecidos por la teoría de la democracia deliberativa para la adopción de la medida A. Sin embargo, esta medida perjudica a un partido político y a un conjunto de ciudadanos, que representan iguales proporciones sobre el total de los votos.

Vemos aquí que se da la situación descrita más arriba: las razones públicas y los intereses privados entran en conflicto y los agentes deben priorizar una por sobre la otra. ¿Qué decidirán? Ciertamente no podemos saber *a priori* cuál va a ser la elección de nuestros agentes. Ella dependerá de un conjunto de factores que exceden el marco de este trabajo. Sin embargo, sí podemos saber en qué se diferencia la decisión de cada uno de los votantes respecto de la de cada uno de los legisladores, y mucho más respecto de la decisión del partido en cuestión: su poder de influencia.

Si bien como conjunto nuestro grupo de votantes potencialmente perjudicados cuenta con los mismos votos que nuestro partido político potencialmente perjudicado, el poder de decisión de cada uno de los agentes difiere enormemente. Mientras que la influencia de cada uno de los votantes es casi irrelevante, es mucho más probable que lo que decida un partido político con representación parlamentaria defina una votación. Por lo tanto, aumentan aquí los incentivos a decidir de acuerdo con el interés privado, ya que resulta mucho más probable que ese interés se vea satisfecho como consecuencia de la propia decisión, mientras que para el votante individual esta posibilidad es muy difusa, casi imposible.

Suponiendo constante el poder de las razones públicas para influir en la toma de decisiones, vemos que en un sistema representativo resulta menos probable que los agentes den primacía a las razones públicas por sobre el interés privado. Por lo tanto, siguiendo esta línea argumental, decimos que son las decisiones que de allí emanen, y no las que surjan de la ciudadanía, las que deben ser miradas con mayor rigor por los tribunales.

Dijimos en el apartado anterior que la satisfacción de un ideal deli-

berativo debe reducir el rigor del control judicial de constitucionalidad. Una vez resuelta esa cuestión, pasamos a comparar los mecanismos de democracia directa con aquellos propios de la democracia representativa desde la teoría de la democracia deliberativa. El análisis de este apartado buscó comparar estos mecanismos en un nivel abstracto, es decir sin entrar en especificidades de mecanismos particulares de democracia directa, lo que será abordado en el siguiente apartado. Aquí solamente nos interesó preguntarnos si, a nivel teórico, un estándar deliberativo se ve mejor satisfecho por mecanismos de democracia directa o por la democracia representativa. Ya vimos antes que la satisfacción de un estándar deliberativo resulta relevante para la forma en la que debe ejercerse el control judicial de constitucionalidad.

Habiendo comparado los mecanismos de democracia directa con la toma de decisiones en el parlamento, podemos decir que es la primera forma la que mejor se adapta a un ideal deliberativo. Por lo tanto podemos decir, al menos en un plano ideal, que a ella le corresponde un mayor grado de deferencia a la hora de evaluar sus *outcomes*.

VI. LA REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Hemos visto que, en condiciones ideales, y a la luz de la teoría de la democracia deliberativa, el control judicial de constitucionalidad queda vacío de sentido. A su vez, también dijimos que a un nivel ideal es la democracia directa la que mejor se adapta a la democracia deliberativa. Sin embargo, nada nos hace suponer (al menos sin un análisis previo) que la regulación de la Constitución argentina para los MDD y el contexto en el que esos mecanismos se insertan se asimilen a estas condiciones ideales para la deliberación.

Tal como afirma Joshua Cohen,⁵⁴ los sistemas institucionales deben hacer la deliberación posible, buscando que la situación realmente existente se asemeje tanto como sea viable a un modelo deliberativo ideal. En términos de Barreyro, "los procesos referendarios deben estar institucionalizados de tal manera que faciliten y promuevan las prácticas deliberativas

54. COHEN, "Deliberation and democratic legitimacy", pp. 79-80.

a nivel de la sociedad civil".⁵⁵ Por lo tanto, es nuestro deber estudiar en qué medida satisfacen nuestras instituciones las precondiciones para una deliberación inclusiva antes de otorgar credenciales democrático—deliberativas a los *outcomes* de los procesos políticos.

Dijimos hasta los apartados anteriores que la deliberación colectiva tendía a solucionar los mismos problemas contra los que se instituía el control judicial de constitucionalidad. De esta forma, cuanto mayor sea la satisfacción de este ideal deliberativo en la práctica, mayor será la deferencia que deberá tener el control judicial de constitucionalidad de los referéndums vinculantes. Me propongo en este apartado estudiar en qué medida la Constitución Nacional (en adelante CN) tiende a satisfacer el ideal deliberativo en los mecanismos de democracia directa.

La CN consagra en su art. 40 la posibilidad de que el Congreso, a iniciativa de Cámara de Diputados, llame a una consulta popular vinculante.⁵⁶ A su vez, este artículo se encuentra reglamentado por la Ley N° 25.432. Analizaré a continuación algunos de los aspectos relevantes para la evaluación de las virtudes epistémicas del proceso mediante el cual se toma una decisión en los términos del art. 40 de la CN.

VI.A. Tamaño y minorías

Una de las principales preocupaciones de quienes se oponen a la utilización de mecanismos de democracia directa es que estos pueden llevar a un avasallamiento por parte de las mayorías hacia los derechos de las minorías. Veremos que incluso dentro de este marco teórico, existen buenas razones para pensar que es poco probable que esto suceda en los MDD previstos en la CN. Tal como dijimos, la cuestión de la opresión de una facción mayoritaria por sobre una minoría era una de las principales preo-

55. BARREYRO, "Formas puras y corruptas de referéndums...", p. 11.

56. Artículo 40.- El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática.

El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.

cupaciones de los federalistas y una de las razones sobre las cuales fundaban su defensa de la formación de una confederación. Cuanto más grande la unidad política, más diluidas estarán en ella las facciones y por lo tanto menor será la probabilidad de que ellas sometan al resto de la población.⁵⁷

Esta hipótesis ha sido testada por Donovan y Bowler.⁵⁸ Ellos afirman que de los argumentos de los federalistas se desprende que en las unidades políticas pequeñas las minorías serán blanco de las decisiones tomadas mediante mecanismos de democracia directa. Al someterla a falsación, estos autores encuentran que al pasar del nivel local al estatal se reduce enormemente la cantidad de MDDs que tienen como objeto a grupos minoritarios, representando un porcentaje mínimo. De esta forma los autores corroboran la hipótesis de los federalistas.

La regulación que estamos estudiando aquí, tal como dijimos, es la que se encuentra en el art. 40 de la CN y su ley reglamentaria 25.432. Nos encontramos así frente a mecanismos de democracia directa que rigen a nivel nacional, es decir ante una unidad política grande. Aun si aceptáramos la hipótesis de los federalistas, es decir si cuanto mayor es la unidad política menor es el riesgo del ataque a minorías en los MDD, podemos decir que en el caso que se encuentra bajo estudio aquí el riesgo es el menor posible en tanto nos encontramos en presencia de una unidad política grande.

Los argumentos expuestos más arriba nos permiten afirmar que es bajo el riesgo de la utilización de los mecanismos de democracia directa consagrados en la CN tengan como objetivo cercenar derechos de minorías. Por supuesto, decir que el riesgo de opresión mayoritaria es bajo no equivale a decir que es nulo, por lo que no queremos aquí negar que esto sea una posibilidad, sino simplemente señalar que el gran tamaño de la unidad política reduce la posibilidad de que esto ocurra. Por lo tanto, si el sentido mismo del control judicial de constitucionalidad es la protección de las minorías, su intensidad debe reducirse al bajar el riesgo de que ellas se vean perjudicadas.

VI.B. Derechos *a priori*

La democracia no consiste solamente en un mecanismo de toma de decisiones, sino que algunos derechos son requeridos para que podamos

57. MADISON, HAMILTON & JAY, *El federalista*, IX.

58. DONOVAN & BOWLER, "Responsive or responsible government?", pp. 264-272.

denominar a un régimen como democrático.⁵⁹ En particular, Carlos Nino afirma que ciertos derechos son precondiciones necesarias para la deliberación democrática. Él denomina a estos derechos *derechos a priori*. Trazaremos aquí algunas líneas que nos permitan pensar en qué medida el ordenamiento jurídico tiende a garantizar algunos de los derechos que resultan centrales para una democracia deliberativa. En la medida en que el goce de estos derechos se vea satisfecho, la deliberación real se acercará a un ideal deliberativo.

Encontramos como derechos fundamentales (sin pretender exhaustividad) el derecho a la igualdad, a la libertad de expresión, a la autonomía personal y algunos derechos económicos sociales y culturales. Estos derechos se encuentran consagrados por el bloque de constitucionalidad, tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

El primero de los derechos que analizaremos será la igualdad. La democracia deliberativa requiere igualdad de tipo sustantiva.⁶⁰ Esta igualdad de tipo sustantiva surge de una concepción de la igualdad en tanto no sometimiento, por oposición a la igualdad como no discriminación. Para esta mirada particular de la igualdad, lo relevante es defender un ideal igualitario en términos de grupos. Dado que en las sociedades contemporáneas existen desigualdades estructurales, las soluciones legales ciegas a estas desigualdades, pensadas solamente como desigualdades entre individuos, tenderán a reproducir esta situación.⁶¹ Un debate que incluya los puntos de vista de todos los potencialmente afectados por las decisiones a los fines de que brinden su perspectiva tanto en términos morales como de información relevante a la hora de tomar decisiones nos exige los grupos desaventajados puedan efectivamente participar de la discusión colectiva y no solamente que ellos no se vean explícitamente discriminados por los textos legales.

Nuestra Constitución pareciera tender desde su texto a defender un ideal igualitario del tipo exigido por la teoría de la democracia deliberativa a la luz de lo dispuesto en el art. 75 inc. 19 y 23. Sin embargo, lejos se encuentra la parte orgánica de nuestra Constitución de promover la satis-

59. O'DONELL, *Democracia, agencia y estado*, pp. 60-72; DAHL, "La democracia", pp. 45-46; NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 192.

60. KNIGHT & JOHNSON, "What Sort of Equality Does Deliberative...", pp. 279-320.

61. SABA, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, pp. 27-82.

facción de estos derechos.⁶² Afirma Gargarella que la carta de derechos de una Constitución debe estar inspirada por la misma filosofía que su organización del poder. De lo contrario, la carta de derechos cederá ante la primacía de la "sala de máquinas" de la Constitución.

Como vimos, nuestra organización institucional surge de un pacto entre liberales y conservadores y se mantiene intacta en líneas generales, más allá de algunas modificaciones puntuales. La concepción de la igualdad exigida por la teoría de la democracia deliberativa resulta ajena a la tradición liberal conservadora y por lo tanto a la organización institucional que ella dispuso. Por lo tanto, más allá de que resulte positivo que estos derechos se encuentren consagrados en la parte dogmática en nuestro más importante texto jurídico, su efectiva vigencia resulta poco probable.

Este argumento merece ser matizado a la hora de pensar en la autonomía personal. La autonomía personal es uno de los derechos sin los cuales es imposible pensar llamar democracia a un determinado régimen político. Hasta tal punto la autonomía es central para un régimen democrático que se la puede pensar como el derecho central sobre el cual se sostiene la democracia.⁶³

Nuestra constitución pareciera estar mucho mejor preparada para garantizar el derecho a la autonomía personal que para defender una visión de la igualdad como no sometimiento. En primer lugar, podemos decir que el principio de autonomía personal se encuentra consagrado a nivel constitucional en el art. 19. Sin embargo, tal como vimos al tratar la igualdad, no alcanza con que un derecho tenga reconocimiento constitucional para que rija efectivamente, sino que este *status* debe estar acompañado por una organización institucional acorde.

En este sentido, vemos que la organización del poder en la Argentina se encuentra relativamente bien preparada para proteger el derecho a la autonomía personal. La preocupación por la no intromisión del Estado en los asuntos privados es constitutiva del liberalismo, filosofía que inspiró nuestra Constitución. Como vimos, la organización institucional argentina está pensada para evitar que los gobiernos mayoritarios violen la esfera de lo privado. Por lo tanto, vemos que en principio la autonomía personal encuentra un resguardo en el ordenamiento jurídico argentino, tanto en lo

62. GARGARELLA, *La sala de máquinas de la Constitución*, pp. 243-347.

63. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, pp. 483-484.

que respecta a los derechos expresamente consagrados como en su organización institucional.

Concluimos que la relación del ordenamiento jurídico argentino con los *derechos a priori* es ambivalente, ya que por un lado parecería promover una idea robusta de autonomía, mientras que por otro su organización institucional promueve una concepción meramente formal de la igualdad, lo que no satisface las necesidades de la deliberación colectiva.

VI.C. Opciones disponibles

La ley 25.432 establece en su art. 9 que las únicas respuestas posibles a la consulta popular vinculante son sí y no, coartando la posibilidad de un diálogo sustantivo entre el pueblo y sus representantes. Nino identifica a este como uno de los mayores problemas con los que cuentan los mecanismos de democracia directa en la actualidad.⁶⁴ Al no poder introducir los ciudadanos modificaciones ni votos parciales, estos se ven limitados a discutir sobre un número de posibilidades muy limitado. A su vez, Offe⁶⁵ también critica la imposición de una elección binaria, lo que empobrece el proceso de toma de decisiones. La imposibilidad de matizar las posturas respecto de los proyectos de ley y proponer mejoras para este afecta los mecanismos deliberativos en tanto circunscriben el debate a dos opciones que tal vez sean distintas a las que un diálogo entre ciudadanos hubiera producido. Ya no hay un *ongoing dialogue*, sino que se agregan preferencias respecto de una pregunta decidida por los representantes del pueblo. De esta forma se hierne gravemente la satisfacción de un estándar deliberativo.

Un diálogo sustantivo en torno a qué política adoptar respecto de una determinada cuestión involucra más que simplemente decir sí o no ante una determinada pregunta. El debate que se da en torno al MDD en cuestión en el marco de la ley 25.432 se verá moldeado por estas dos respuestas, viéndose así disminuidas las potencialidades de la deliberación ciudadana, en tanto la pluralidad de voces que la caracteriza solamente existirá en función de la defensa de dos posturas absolutamente rígidas decididas por un sujeto político distinto de la ciudadanía.

64. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, pp. 209-214.

65. OFFE, "Referendum vs. Institutionalized Deliberation: What Democratic...", p. 19.

Como dijimos, resulta problemático que las respuestas disponibles sean tan limitadas. Sin embargo, este no es el único problema que encontramos en torno al art. 9 de la ley 25.432. Si bien es la ciudadanía quien tiene la palabra final respecto de esta cuestión, no es ella quien fija las respuestas entre las cuales debe optar. Limitar las respuestas posibles después de un primer momento deliberativo podría resultar útil a los fines de ordenar la discusión. Sin embargo, la ley 25.432 fija las únicas dos respuestas posibles para cualquier referéndum vinculante, es decir que las opciones entre las cuales se debe optar no solo no fueron dispuestas por los participantes en la deliberación, sino que tampoco fueron pensadas para cada referéndum en particular, existiendo así solamente dos respuestas posibles ante cualquier pregunta que se pueda plantear.

VI.D. Tiempo de debate

El art. 12 de la ley que regula la consulta popular vinculante establece que la votación deberá darse entre los sesenta y los ciento veinte días desde la fecha de publicación de la ley. Entendemos que es importante que exista un tiempo mínimo de debate tal como lo establece la ley, a los fines de dar tiempo a todos los potencialmente afectados por la decisión a tomar para que expresen sus posturas y así enriquecer el debate, mejorando la imparcialidad de la decisión.

Cabe destacar por último que, si bien la organización jurídico—institucional es relevante, también lo es el hecho de que los ciudadanos se encuentren comprometidos con un debate público robusto que atienda a razones, por lo que la evaluación de la regulación legal de los mecanismos de democracia directa (aunque fuera exhaustiva) no agota el análisis de estos a la luz de la teoría de la democracia deliberativa.

VI.E. Obligatoriedad del voto

Como dijimos en la quinta parte, la influencia del voto individual en el resultado de un referéndum es mínima y la posibilidad de que el propio voto cambie el resultado de la elección prácticamente inexistente. Por lo tanto, se podría esperar que las personas acudan a votar sin haberse informado lo suficiente. La escasa influencia del voto individual podría producir apatía política.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra la obligatoriedad del voto en referéndums vinculantes a través del art. 3 de la ley 25.432. Esto hace que

los ciudadanos, interesados o no en la cuestión sobre la que deban votar, estén forzados a participar en la decisión. Tal como vimos, la influencia de los votantes en la decisión final es ínfima, lo que promueve la apatía política y la falta de información.⁶⁶ Ahora bien, si creemos que parte de las virtudes de la democracia se encuentra en sus cualidades epistémicas, ¿tiene sentido obligar a votar a personas poco incentivadas a informarse?

En este punto, Linares afirma que la respuesta varía según cuál sea el objeto de la consulta popular. Esto porque las leyes poseen un grado de especificidad mucho mayor que la elección de gobernantes o los referéndums constitucionales y, por lo tanto, también exigen un mayor esfuerzo al ciudadano para informarse. Así, obligar a los ciudadanos a votar sobre cuestiones sobre las que no están ni quieren estar informados reduce la confiabilidad epistémica de la decisión tomada a través de un referéndum.⁶⁷

Como dijimos, nuestro ordenamiento jurídico obliga a los ciudadanos a votar en referéndums vinculantes, por lo que concluimos que en este aspecto el derecho local atenta contra la confiabilidad epistémica de la decisión tomada a través de una consulta popular.

Hemos analizado así algunos de los aspectos principales que rigen a la regulación de los mecanismos de democracia directa en la Argentina a la luz de la teoría de la democracia deliberativa.

Partiendo de la base de que los mecanismos de democracia directa son superiores a los mecanismos representativos desde una perspectiva deliberativa de la democracia, concluimos que, a pesar de las dificultades observadas, sigue teniendo la democracia directa primacía por sobre las formas representativas, por lo que el grado de deferencia de los tribunales al evaluar las decisiones que de ella surgen debe ser mayor.

VII. CONCLUSIÓN

La teoría de la democracia deliberativa nos otorga nuevas respuestas a los viejos problemas del constitucionalismo liberal. Es a la luz de estas nuevas respuestas que evaluamos las propuestas que surgieron (y triunfaron en el plano político) en los siglos XVIII y XIX alrededor de la

66. DOWNS, "Teoría económica de la acción política en una democracia", p. 107.

67. LINARES, *Democracia participativa epistémica*, pp. 270-271.

pregunta por la ingeniería constitucional que debían adoptar los nacientes Estados.

Una vez hecha esta evaluación concluimos que la deliberación sobre la base de razones públicas tiende a solucionar los mismos problemas que los federalistas buscaban resolver a través del sistema de frenos y contrapesos, en el cual se enmarca el control judicial de constitucionalidad.

Dado esto, el rol del control de judicial de constitucionalidad se va desdibujando a medida que se satisface un ideal deliberativo. Así como Eule afirmaba que el control debe reforzarse cuando caían las barreras de la representación y el bicameralismo, nosotros afirmamos que debe volverse más laxo si el proceso de toma de decisiones satisface un estándar deliberativo. Esto porque la satisfacción de este estándar resulta preventiva contra los problemas que el control judicial de constitucionalidad busca solucionar.

Una vez hecho esto, comparamos los MDD con la democracia representativa, a los fines de saber cuál es la forma democrática que más se ajusta a un ideal deliberativo. La forma de toma de decisiones que mejor se ajuste a este ideal deliberativo es la que deberá contar con un mayor grado de deferencia en virtud de las razones expuestas más arriba. Este análisis nos llevó a decir que la democracia directa cuenta, en principio, con ventaja por sobre la representativa en términos deliberativos. Por lo tanto, dado que la deliberación soluciona los mismos problemas que el control judicial de constitucionalidad, podemos decir que, a mayor deliberación, menor control de constitucionalidad. Se sigue de aquí que los *outcomes* de los MDD deberían contar *a priori* con una mayor deferencia por parte de los tribunales.

A la luz de esta conclusión evaluamos la regulación jurídica de los mecanismos de democracia directa a nivel federal en la Argentina. En la medida en la que la regulación argentina promueva la deliberación, mayor deberá ser la deferencia de los tribunales al tratar los *outcomes* de los MDD. Concluimos que el grado de satisfacción de un ideal deliberativo es medio. Por un lado, el ordenamiento jurídico promueve la deliberación garantizando la autonomía personal y un plazo mínimo de tres meses de debate, mientras que por otro el sistema institucional no promueve una concepción estructural de la igualdad y obliga a votar a personas no informadas. Por lo tanto, vemos que no estamos en presencia de un sistema que satisfaga plenamente los requisitos de la democracia deliberativa.

Sin embargo, la superioridad con la que cuenta la democracia directa por sobre la representativa (en un nivel ideal) a la hora de la deliberación es tal que nos permite afirmar que, a la hora de evaluar la constitucionalidad de las decisiones tomadas de esta forma, los tribunales deben, en principio, hacerlo con un grado mayor de deferencia que el que les corresponde a las leyes regularmente sancionadas.

Por supuesto, esta afirmación está sujeta a que no surja ninguna anomalía durante el proceso de discusión de la ley en cuestión que altere sustancialmente el proceso deliberativo. Es decir que de existir alguna modificación grave del proceso deliberativo en un caso en concreto que sea imposible de prever de acuerdo con la legislación vigente, nuestra conclusión caería.

Sin embargo, siempre que esto no ocurra, los tribunales deben tratar con un mayor grado de deferencia a los productos de los MDD que a las leyes que surjan del Congreso a la hora de evaluar su constitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, *We the People. Foundations*, Harvard University Press, 1993, Cambridge.
- ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Lancelot, 2009, Buenos Aires.
- BARREYRO, María E., "Formas puras y corruptas de referéndums. Notas para una evaluación de su legitimidad democrática", en *Isonomía*, No. 49, 2018.
- , "The purest form of communicative power. A reinterpretation to the key of the legitimacy of norms in Habermas's model of democracy", en *Constellations*, Vol. 25, Issue 1, 2018.
- BOHMAN, James, "The Coming Age of Deliberative Democracy", en *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 6, No. 4, 1998, pp. 400-425.
- COHEN, Joshua, "Deliberation and democratic legitimacy", en BOHMAN, James & REHG, William (eds.), *Deliberative Democracy*, MIT Press, 1997, Cambridge.
- DAHL, Robert, "La democracia", en *Revista POSTData*, No. 10, diciembre 2004, pp. 11-54.
- DONOVAN, Todd & BOWLER, Shaun, "Responsive or responsible government?", en BOWLER, Shaun, DONOVAN, Todd & TOLBERT, Caroline J.,

- Citizens as Legislators. Direct Democracy in the United States*, Ohio State University Press, 1998, Ohio.
- DOWNES, Anthony, "Teoría económica de la acción política en una democracia" en BATLLE, Albert (ed.), *Diez textos básicos de ciencia política*, Ariel, 1993, Barcelona, pp.
- ELSTER, Jon, "The Market and the Forum", en BOHMAN, James & REHG, William (eds.), *Deliberative Democracy*, MIT Press, 1997, Cambridge.
- ELY, John, *Democracy and distrust*, Harvard University Press, 1980, Cambridge.
- ESTLUND, David, "Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority", en BOHMAN, James & REHG, William. (eds.), *Deliberative Democracy*, MIT Press, 1997, Cambridge.
- , *La autoridad democrática*, Sigo XXI, 2011, Buenos Aires.
- EULE, Julian N., "Judicial Review of Direct Democracy", en *Yale Law Journal*, Vol. 99, No. 7, 1990, pp. 1503-1590.
- FORST, Rainer, *Justificación y crítica*, Katz Editores, 2015, Buenos Aires.
- FUNG, Aaron, "Recipes for Public Spheres: Eight Institutional Design Choices and Their Consequences", en *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 11, No. 3, 2003.
- GARGARELLA, Roberto & COURTIS, Christian, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano de ayer y de hoy: promesas e interrogantes", en CEPAL, *División de Desarrollo Social*, CEPAL, 2019, Santiago de Chile.
- , "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos", en GARGARELLA, Roberto, *Por una justicia dialógica*, Siglo XXI, 2014, Buenos Aires.
- , *La justicia frente al gobierno*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011, Quito.
- , *La sala de máquinas de la Constitución*, Katz editores, 2014, Buenos Aires.
- GUTMAN, Amy & THOMPSON, Dennis, *Why deliberative democracy*, Princeton University Press, 2004, Princeton.
- HOLMES, Stephen, "Precommitment and the paradox of democracy", en ELSTER, Jon & SLAGSTAD, Rune (eds.), *Constitutionalism and Democracy (Studies in Rationality and Social Change)*, Cambridge University Press, 1998, Cambridge.
- KNIGHT, Jack & JOHNSON, James, "What Sort of Equality Does Deliberative Democracy Require?," en BOHMAN, James & REHG, William (eds.), *Deliberative Democracy*, MIT Press, 1997, Cambridge.

- LINARES, Sebastián, *Democracia Participativa Epistémica*, Marcial Pons, 2017, Buenos Aires.
- MADISON, James, HAMILTON, Alexander & JAY, John, *El Federalista*, FCE, 2014, México.
- MANIN, Bernard, *Principios del gobierno representativo*, Alianza, 2017, Madrid.
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, 2013, Buenos Aires.
- , *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, 2003, Buenos Aires.
- O'DONELL, Guillermo, *Democracia, agencia y estado*, Prometeo, 2010, Buenos Aires.
- OFFE, Claus, "Referendum vs. Institutionalized Deliberation: What Democratic Theorists Can Learn from the 2016 Brexit Decision", en *Daedalus*, Vol. 146, Issue 3, Summer 2017, pp. 14-27.
- RAWLS, John, "The Idea of Public Reason" en BOHMAN, James & REHG, William (eds.), *Deliberative Democracy*, MIT Press, 1997, Cambridge.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César & RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Dejusticia, 2010, Bogotá.
- ROSANVALLON, Pierre, *La Legitimidad Democrática*, Manantial, 2005, Buenos Aires.
- SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, Siglo XXI, 2014, Buenos Aires.
- SIEGEL, Reva, "El rol de los movimientos sociales como generadores de derecho en el derecho constitucional de los Estados Unidos", en *SELA, El derecho como objeto e instrumento de transformación*, 2002.
- SPADJER, Steven, "A Hardcore Case Against (Strong) Judicial Review of Direct Democracy", en *University of Queensland Law Journal*, Vol. 31, No. 1, 2012, pp. 55-99.
- SUNSTEIN, Cass, "Interest Groups in American Public Law", en *Stanford Law Review*, Vol. 89, 1985, pp. 29-87.
- TUSHNET, Mark, "Revisión Judicial Dialógica", en GARGARELLA, Roberto, *Por una justicia dialógica*, Siglo XXI, 2014, Buenos Aires.
- United States Supreme Court, "Marbury v. Madison", *5 U.S. 1 Cranch 137*, 1803.
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, 2005, Madrid.
- WELP, Yanina, "El referendo en América Latina. Diseños institucionales y equilibrios de poder", en *Nueva Sociedad*, No. 228, 2010, pp. 26-42.

WENZEL, James, DONOVAN, Todd & BOWLER, Shaun, "Direct Democracy and Minorities: Changing Attitudes about Minorities Targeted by Initiatives", en BOWLER, Shaun, DONOVAN, Todd & TOLBERT, Caroline J., *Citizens as Legislators. Direct Democracy in the United States*, Ohio State University Press, 1998, Ohio.

MISCELÁNEAS

“NO HABLO FRANCÉS”. EL TRADUCTOR PÚBLICO COMO INTÉRPRETE EN SEDE JUDICIAL*

MARTÍN BERTONE**

Resumen: La presente crónica tiene por objeto reflejar el desconocimiento general de la tarea del traductor/intérprete cuando se desempeña como perito auxiliar de justicia, así como las dificultades que presenta el cobro de honorarios en sede judicial. Asimismo, describe los procedimientos que deben seguirse ante la imposibilidad de actuación del perito por motivos que le son ajenos.

Palabras clave: actuación pericial — regulación de honorarios — auxiliar de justicia — traductores públicos — interpretación — idioma francés

Abstract: This chronicle is aimed at reflecting the public’s general lack of knowledge about the role of translators/interpreters when serving as court expert witnesses, and the hindrances that collecting professional fees at court entails. It also describes the procedures to be followed upon the expert witness’ failure to act for reasons beyond his or her control.

Keywords: court proceedings — professional fee assessment — expert witness — sworn translator — interpreter — french

Llegué al tribunal de Comodoro Py quince minutos antes de la hora fijada para la audiencia. Me asomé a la mesa de entradas y me recibió el mismo muchacho simpático que me había hecho firmar la aceptación del cargo. —Usted es el perito traductor —me reconoció—. Todavía no llegaron. —¿De qué nacionalidad son los imputados? —quise saber.

* Recepción del original: 12/03/2019. Aceptación: 25/04/2019.

** Abogado y Traductor Público de francés (UBA). Magister en Derecho Europeo (París-Sud XI). Docente en Extensión Universitaria (UBA) y Perito auxiliar de Justicia. Para María Marta Montesano, mi colega preferida.

—Creo que senegaleses. Están con la defensora pública.

—¿Y en qué idioma se comunican con ella?

—No sé. ¿En inglés?

Me senté a esperar en uno de los asientos del amplio pasillo. A los pocos minutos, vi llegar a un africano con una gorra de visera levantada y una cola de caballo con trencitas. Llevaba una carpeta bajo el brazo. Vi cómo el muchacho de la mesa de entradas le indicaba que tomara asiento. Poco después, vi llegar a otro africano de pantalones tajeados y campera de cuerina. Se sentó al lado mío y se puso a jugar al *Dream League Soccer* en su celular.

—¿Usted es el traductor? —me preguntó sonriendo una señora alta que apareció de pronto.

—Sí.

—Mucho gusto, soy la defensora pública —dijo, y me dio un beso en la mejilla—. El fiscal está demorado.

—No hay problema, aprovecho para ponerme en autos con los imputados.

Mientras la defensora le decía algo en inglés al senegalés de gorra, yo abordé al que tenía al lado:

—*Vous pourriez me raconter ce qui s'est passé?*

—No hablo francés.

—Pero estoy acá para garantizar...

—No hablo francés —insistió, sorprendido.

—Creí que los senegaleses hablaban francés.

—Algunos.

Googleé rápidamente el artículo de Senegal en Wikipedia para no quedar como un estúpido y arriesgué:

—Hablás wólof.

—Sí. Yo hablo wólof y árabe. Somos musulmanes.

—¿El otro muchacho tampoco habla francés? —pregunté, señalando al de gorra.

—Tampoco. Es mi primo. No francés.

No sabía si se trataba de una maniobra dilatoria, así que le seguí la corriente. Le mostré la pantalla de mi celular:

—Acá dice que se hablan muchos idiomas.

—Sí: basari, mandé, peulh, soninké...—enumeró, contando con los dedos—Son como diecisiete.

—¿Pero todos entienden wólof?

—Sí, todos. Si el presidente habla con la gente, habla en wólof. Si habla en francés, entienden pocos. Poca gente.

Mi breve experiencia en Senegal me indicaba lo contrario, pero sentí que no ganaba nada con contradecirlo.

—¿Habla francés?

—Sí, por eso me convocaron.

—¿Y por qué habla francés?

—Fui a un colegio francés y viví en Francia —simplifiqué.

—¿Viajó mucho?

—Bastante.

—Gente tiene que viajar para abrir cabeza. ¿Habla inglés?

—También. ¿De qué parte de Senegal sos?

—Touba, a 300 kilómetros de Dakar.

—Estuve en Dakar hace más de 10 años. Antes, paramos por Saint-Louis. Veníamos de Mauritania, en auto. Corrimos un París-Dakar para estudiantes.

—En Mauritania son blancos. Todos esos países: *Morocco, Tunisia, Egipt*, todos esos países del norte, gente mala. Te pegan, te hacen trabajar gratis. Solo te dan comida y tenés que trabajar todo el día. En Senegal, la gente es más buena.

—Me acuerdo de los pósteres de Youssou N’Dour por todos lados.

—Sí, es muy bueno.

—Canta en francés.

—En francés, en inglés, en todos los idiomas. Vino a la Argentina, cantó en Copa del Mundo 98...

—También me acuerdo de que la comida era picante.

—Sí, picante. Para argentinos es muy picante.

—Es rica la comida de ustedes.

—Sí, rica. Vaca, arroz, pollo. Cerdo, no.

—No, claro. Ni alcohol.

—Noooo.

—En Francia, tuve dos vecinos senegaleses: Mbaye y Mamadou.

—Mamadou es nombre árabe...

—Siempre me venían a pedir ketchup. Le ponían a todo.

—Sí, nos gusta mucho el ketchup —dijo riendo.

Se hizo un silencio. El senegalés volvió a meterse en su juego de fútbol y yo terminé de leer las pocas páginas que me quedaban de un libro de Calvino que traía en mi maletín. Vi pasar a un detenido escoltado por

un policía, a tres abogados sin corbata, a una empleada judicial cosiendo el cuerpo de un expediente, a un profesor de la facultad que había envejecido bien. Del otro lado del pasillo, sonaban las carcajadas de un policía que le mostraba a otro videos de su celular.

—¿Cómo pasó esto de la falsificación de documentos? —pregunté, cuando se cumplía una hora de espera.

—Yo tomé un avión a España y otro de España a Ecuador. Tomé micro hasta Bolivia. Problema en la frontera con pasaporte. Pasaporte viejo, tengo otro nuevo.

—¿Pero cómo fue?

—Nosotros, a veces, cambiar campera —dijo señalando a su primo—. Mi primo fue comprar pan. Tenía esta campera y mi pasaporte en bolsillo. La policía encontró con mi pasaporte.

—¿Y él no les podía explicar?

—No habla idioma. Y pasaporte tiene sello.

—¿...?

—Agarran pasaporte y ponen sello. Después dicen. “Son cuatrocientos dólares”. Y yo dije: “No tengo cuatrocientos dólares. No tengo plata. Vengo a trabajar”. No hago daño a nadie.

—Bueno, quedate tranquilo, tiene solución.

El senegalés no pareció muy convencido con mi respuesta. Poco después, la defensora volvió a aparecer y le dijo:

—Les van a dar trabajo comunitario en una iglesia por un año.

—¿Trabajo comunitario? —preguntó el imputado.

—Sí —respondió la mujer, dando por sentado que el senegalés entendía—. Dos horas por semana, en una iglesia cerca de su domicilio —y fue hasta la ventanilla de la mesa de entradas.

Intenté explicarle al imputado lo que era el trabajo comunitario sin saber en qué iba a consistir. Me miró preocupado:

—¿Un año? Tengo que viajar a mi país.

—A ver, esperá.

Me acerqué a la mesa de entradas y le pregunté a la defensora si los imputados podían salir del país durante el año que duraba la *probation*.

—Sí, ya lo hablamos —me respondió, despreocupada.

Por lo visto, a sus defendidos no les había quedado muy claro.

—Tengo pasaje para viajar a Senegal —me volvió a decir el imputado cuando volví a sentarme.

—¿A quién tenés allá?

- Está mi mamá, mi hija y mi mujer.
—¿Hace mucho que no las ves?
—Cinco años. No tenía plata. Muy caro, pasaje. 52 mil *lucas*.
¡Muy caro!
—¿Hablás por teléfono con ellas, o por Skype?
—Sí, todos los días. Me baño, rezo y llamo.
—¿Vas a rezar a alguna mezquita?
—Sí, a calle Alberti. Cerca Jujuy.
—¿Les mandás plata?
—Sí, todos los meses. Allá no hay trabajo. Acá, hay. Antes, mejor, pero siempre hay. Allá, imposible juntar 5.000 pesos. No hay trabajo. En 2012, fui a otra ciudad y vendo pan en panadería. Pregunta: “¿Querés pan?”. “Sí”, me dicen. Por ejemplo, pan vale 5 pesos. Entonces, cobro 10 pesos y pago 5 pesos a panadería.
—¿Hacías reparto de pan?
—Sí: reparto. En un año, compré auto. Después, vendí auto y compré pasaje de avión para la Argentina. Llegué en 2013.
—¿En qué trabajás?
—Vendo relojes en Retiro —dijo mirando mi muñeca—. Acero.
¿Cuánto lo pagaste?
Aunque la pregunta me incomodó, le respondí:
—No sé, 1.500 pesos, pero hace como dos años. Me lo regaló mi mujer.
—Ahora, mucho más caro.
De pronto, me acordé de lo del cumplimiento de la *probation* cerca de su domicilio:
—¿Vivís cerca?
—Lavalle. ¿Vos?
—Por Rivadavia.
—¿Por Congreso?
—No. Más lejos, pasando Once.
—Yo juego a la pelota en Corrientes y Callao. Hay una cancha ahí.
—¿...?
Se acercó a nosotros una empleada del juzgado y, sin preámbulos, se dirigió al senegalés:
—La au-dien-cia de *pro-ba-tion* no se pue-de ha-cer por-que no hay tra-duc-tor. Se va a la-brar un ac-ta.
—No audiencia.
—No —y se fue.

Pasó otro detenido con escolta policial, un abogado le explicó al secretario de otro tribunal que habían constituido una hipoteca sobre un inmueble como fianza por una excarcelación, un meritorio se fue a fumar cerca de los ascensores —y las ventanas cerradas— a pesar del cartel de “Prohibido fumar”. Ya llevaba dos horas esperando. Me levanté y fui hasta la ventanilla de la mesa de entradas:

—Disculpame, yo acepté el cargo, pero no puedo intervenir porque no es el idioma en que estoy matriculado. ¿Cómo es el tema de los honorarios?

—Te averiguo.

Los dos detenidos que había visto un rato antes pasaron delante de nosotros. Se los llevaban juntos, en la misma dirección. Seguían desfilando abogados, meritorios y policías. Cada tanto, volvía a retumbar una carcaxa. En un momento, brotó de la puerta del tribunal un muchacho de barba descuidada, cuya camisa entallada estaba a punto de explotar. Se me acercó y me preguntó si era el perito traductor.

—Sí, soy yo, pero los imputados no hablan francés, así que no sé muy bien qué hago acá —le adelanté—. Mi presencia no les garantiza el derecho de defensa en juicio, porque no entienden todo lo que les dicen.

—¿Y qué habla esta gente? —me preguntó en voz baja, visiblemente avergonzado.

—Wólof.

—¿Uolos? ¿Me puede escribir el nombre del idioma? —dijo tendiéndome una lapicera y un taquito rosa de Post-it—. ¿Y cómo podemos hacer?

—Hasta donde sé, no hay traductores públicos de wólof. En la facultad, los que estudiaban idiomas muy minoritarios rendían libre a fin de año y los que les tomaban eran funcionarios de las embajadas de esos países. Yo me comunicaría con la Embajada de Senegal. No sé si tendrán un agregado cultural. Ah, habría que ver el tema de los honorarios. Porque está previsto que se me regulen, aunque no haya intervenido, si fue por una causa ajena a mi voluntad. Además, estoy acá hace dos horas y media.

—No se preocupe. Voy a labrar un acta en la que quede constancia de que usted aceptó el cargo y que no se pudo realizar la audiencia. Y vamos a mandar una notificación a la Embajada de Senegal, a ver si nos pueden mandar a alguien.

En los veinte minutos siguientes, el primo de gorra se miró las zapatillas, el senegalés más cercano jugó al fútbol en su celular y me llamó mi jefe para saber en qué estado estaban dos expedientes. Cuando se estaban

por cumplir tres horas de espera, volvió a aparecer el empleado de barba con una hoja y una lapicera. Me ofreció ambas y dijo:

—Bueno, este es el acta. Le pido una firma.

—¿Me dan una copia?

—Es que no tiene la firma del Juez. Esto va al expediente. Quédese tranquilo, en cuanto vuelva el Juez, hablo con él lo de sus honorarios y lo llamo. ¿Me podría dar su número? Perdón, no hace falta: está en el expediente.

Despedí al primo de gorra con un gesto y le di la mano a mi compañero de pasillo:

—Suerte.

—Gracias, amigo.

Llegando a Libertador, sentí vibrar mi teléfono. Tenía una llamada perdida de un número desconocido y un mensaje de voz. Era del juzgado: el empleado de barba me confirmaba que el Juez iba a regularme honorarios y a tener en cuenta las tres horas que estuve a disposición. Me aflojé la corbata y sonreí, porque la verdadera espera recién empezaba.

Septiembre de 2018.

FRIEDRICH SPEE: EL PRIMER CRIMINÓLOGO CRÍTICO*

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI** Y GUIDO LEONARDO CROXATTO***

I. EL PERSONAJE POLIFACÉTICO: SPEE

No ocupa el lugar que merece entre los héroes históricos de la criminología y del derecho penal, al que suele recordárselo solo como crítico de la persecución de brujas, pero se opacan otros aspectos de su riquísima personalidad.¹ Es necesario advertirlo, porque centramos nuestro interés en su obra fundamental (*Cautio criminalis seu de processibus contra sagas liber*),² por constituir el aporte más importante para nuestras disciplinas, pero no por ello subestimamos sus otras contribuciones a la humanidad, que nos limitaremos a referenciar someramente.³

* Recepción del original: 19/02/2019. Aceptación: 14/03/2019. Los autores agradecen muy especialmente los consejos de Tamar Pitch, Rosa Mavita León, Margarita Cabello Blanco, Sara Beatriz Guardia y Thomas Vormbaum, así como los aportes de los investigadores y directores del Max Planck en Derecho Penal y Derecho Penal Internacional de la ciudad de Friburgo, Alemania, Benjamin Vogel, Hans Kudlich, Ulrich Sieber y Hans-Jörg Albrecht.

** Profesor emérito de Derecho Penal (UBA) y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

*** Abogado (UBA), Licenciado en Filosofía (UBA), LLM (FU), Máster en Derecho Constitucional (Universidad Católica de Chile), Doctor en Derecho Público (FU). Director del Tribunal Experimental en Derechos Humanos (UNLA).

1. Sin duda que le corresponde ese mérito, especialmente por haber dedicado al tema su obra específica y fundamental, pero hubo serias críticas anteriores en la misma Compañía de Jesús, en particular de los jesuitas tirolese Adam Tanner (1572-1632) y Paul Laymann (1564-1635). Adamus, Archidux de Austriae, & Menzelius, *Adami Tanneri Societate Iesu, Theologiae scholasticae...* Al respecto: BEHRINGER, *Von Adam Tanner zu Friedrich Spee...*, p. 154 y ss; DIEFENBACH, *Der Hexenwahn vor und nach der...*, pp. 276-277; HARTMANN, "Der Hexenwahn im Herzogtum und Kurfürstentum..." , p. 120; SOLDAN & HEPPE, *Geschichte der Hexenprozesse, Neu bearbeitet und...*, p. 184; DUHR, *Die Stellung der Jesuiten in den...*

2. El texto latino ahora: GRONAEUS, "Auctore incerto theologo romano".

3. Con mayor precisión lo desarrollamos en el *Estudio preliminar* a la traducción española

II. ¿CONTRA QUIÉNES ESCRIBIÓ?

Ante todo, es necesario destacar que Spee no escribió su obra contra la inquisición medieval, sino que lo hizo en 1631-1632, en momentos en que arreciaba la quema de mujeres en Alemania⁴ y contra los jueces laicos de los príncipes alemanes, lo que si bien para los historiadores es obvio, no suele serlo en las obras generales de penalistas y criminólogos, que no suelen distinguir con claridad las sucesivas inquisiciones: la medieval,⁵ la española, la romana y la de los tribunales laicos,⁶ cuyo procedimiento provenía del derecho imperial romano.⁷ Debido a eso, cuando Spee invoca una autoridad, se dirige a la cabeza del Sacro Imperio, pues las brujas eran quemadas aplicando el art. 109 de la *Constitutio Criminalis Carolina*⁸ que, además, permitía una arbitraria aplicación de la tortura.⁹ Varios autores hacen notar que Spee jugó con el nombre latino de la *Constitutio Criminalis*, oponiéndole el de *Cautio Criminalis*.¹⁰

Todo esto pone de manifiesto que Spee no solo confrontó críticamente contra el crimen de los inquisidores, sino contra todo un sistema penal

de la *Cautio Criminalis*. SPEE, *Cautio Criminalis*.

4. Al respecto: MODRAS, "A Jesuit in the Crucible. Friedrich...", p. 11; SCHATZ, "Friedrich Spees Kampf gegen den Hexenwahn", p. 35; BRAMBILLA, *La giustizia intollerante, Inquisizione e tribunali...*, p. 141; LEVACK, *La caccia alle streghe in Europa*, p. 198; BERTI, *Storia della stregoneria*, p. 166; DAXELMÜLLER, *Storia sociale di un' Idea*, p. 194.

5. Sobre esta inquisición y en especial sus procesos a brujas: ARNOLD, *Dizionario Storico dell'Inquisizione*, p. 811. Los documentos y disposiciones acerca de la formación de la inquisición y en especial contra brujas, fueron recopilados por HANSEN, *Quellen und Untersuchungen zur Geschichte des...*

6. Las que ejecutaron brujas fueron principalmente la primera y, en mucho mayor número, la última (en general sobre estas distinciones, entre muchos: CAMMILERI, *La vera storia dell'inquisizione...*, p. 20; también DEDIEU, *L'Inquisizione*). En Francia también ejecutaban brujas los tribunales laicos (al respecto el famoso discurso de BOGUET, *Discours execrable des sorciers avec...*).

7. En particular de los *libris terribilis* del Digesto de Justiniano, que entró a Alemania con la recepción (Cfr. UWE WESEL, *Geschichte des Rechts in Europa*, p. 234; EISENHARDT, *Deutsche Rechtsgeschichte, München*, p. 83). Sobre las disposiciones del Digesto, el comentario de época de MATTHEI, *De criminibus ad lib. XLVII et XLVIII...* MATTHEI, *De confessione extorta*, pp. 704 y ss.

8. *Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V...*; sobre su vigencia, SCHILD, *Justiz in alter Zeit, Band VI...*, p. 129.

9. Cfr. JEROUSCHEK, "Friedrich Spee als Justizkritiker. Die Cautio...", pp. 115 y ss. (130).

10. Así, LOICHINGER, "Friedrich von Spee und seine 'Cautio criminalis'", p. 134.

vigente en su tiempo, obviamente inserto en un contexto cultural que creía firmemente en la existencia y poder de la hechicería y en el pacto satánico. La religiosidad de su tiempo era sincrética y los pueblos vivenciaban un mundo de significados plagado de espíritus buenos y malos, muertos que se manifestaban, ángeles y demonios, seres extraordinarios y míticos, procedentes de los germanos, de Grecia y Roma e incluso mucho más lejanos en el tiempo.¹¹ Spee no solo fue un crítico del sistema penal, sino también un crítico social.¹²

III. UNA VIDA EXCEPCIONAL

La obra de Spee es prácticamente inseparable de su biografía,¹³ por lo que se lo consideró una persona "históricamente paradigmática"¹⁴ y se calificó su vida como "socialmente apremiante, amarga y agonizante".¹⁵ Su existencia se desarrolló en un marco geográfico limitado,¹⁶ pues su vocación de misionero, primero en India y luego en Italia, fue frustrada, puesto que sus superiores privilegiaron su permanencia en Alemania.¹⁷

11. *Cfr.* JILG, "'Hex' und 'Hexerei' als kultur- und religionsgeschichtliches...", pp. 40-41; ELIADE, *Ocultismo, brujería y modas culturales*, p. 11; VALENTE, *Johann Wier. Agli albori della critica...*, p. 3.

12. "La crueldad no evoluciona", afirma Silvia Schwarzböck, profesora de Estética en la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA, "pero eso no quiere decir que no tenga una historia" (SCHWARZBÖCK, *Los monstruos más fríos*). Rastrear la figura de Spee puede contribuir a iluminar un espacio de una historia repetida repleta de persecuciones y crueldad, historia que está íntimamente vinculada al desarrollo y a la justificación de esta disciplina o campo (o "arte") que hoy llamamos "penalismo".

13. Puede considerarse pionera la biografía de DIEL, *Friedrich von Spee. Eine biographische und...*

14. BERISTAIN, *Un derecho penal comprometido*, p. 149.

15. RAHNER, "Was hat Friedrich Spee uns heute sagen?", p. 130.

16. Se lo resumió de la siguiente forma: nacimiento y adolescencia en Kaiserwerth 1591-1601/2; Köln desde 1601/2 hasta 1610. Trier de 1610 a 1612. Fulda en 1612. Würzburg de 1612 a 1615. Speyer de 1615 a 1617. Worms de 1617 hasta 1618. Mainz de 1618 a 1623. Paderborn de 1623 a 1626. Speyer de 1626 a 1627. Köln de 1627 a 1628. Peine de 1628 a 1629. Paderborn de 1629 a 1631. Köln de 1631 a 1632. Trier de 1632 hasta su fallecimiento, en 1635 (BRENNINKMEYER, "Pater Friedrich Spee — ein Lebenslauf", pp. 15 y ss.). Sobre esas tierras en tiempos de Spee, FINGER, "Das Rheinland zu Lebzeiten Friedrich Spees", pp. 9 y ss.

17. A este respecto son coincidentes todos los biógrafos: SCHATZ, "Friedrich Spee und seine Zeit", pp. 17 y ss.; ARENS, "Friedrich Spee von Langenfeld. Jesuit, Wissenschaftler", p. 9;

Spee pertenecía a una familia tradicional pero no noble,¹⁸ aunque se generaron confusiones porque recibió un título después de la muerte de Spee,¹⁹ como también por el lejano parentesco con el almirante Maximilian Graf von Spee. Dada la condición holgada de su familia, podría haber llevado una vida cómoda, lejana a todos los riesgos y problemas que sufrió.

Su contacto con las "brujas" se debió a que un superior que le tenía envidia en razón de su personalidad, al parecer fascinante,²⁰ lo envió —como forma de perturbarlo o afectar su formación— a confesar a las mujeres que iban a la hoguera, pero también fue destinado a *Speyer*, donde tuvo a su disposición una de las mejores bibliotecas jurídicas de Alemania. Allí verificó que entre los juristas también reinaba una gran confusión acerca de las brujas y la hechicería.²¹

Sin duda que allí no solo leyó a sus predecesores, sino también las obras de quienes fueron los principales teóricos objeto de su crítica penal, como Binsfeld (1540-1598),²² quien había sido vicario y rector, que entre 1587 y 1593 hizo ejecutar a unas trescientas personas.²³ Otro autor blanco de sus críticas fue Martín Anton Del Rio (1551-1606), que daba por ciertas las más increíbles fábulas acerca de las brujas²⁴ y afirmaba que los jueces que no condenaban a muerte a las brujas incurrían en pecado mortal y todo aquel que se opusiera o criticara la sentencia de muerte era un hereje.²⁵ De

RUPP, *Friedrich von Spee. Dichter und Kämpfer...*, p. 14.

18. Sobre esto: MIESEN, *Friedrich Spee, Pater, Dichter, Hexen-Anwalt*, p. 31. Sobre los antecesores de Spee y la rama de Langenfeld, RITTER, *Friedrich von Spee 1591-1635...*, p.

9. RUPP, *Friedrich von Spee. Dichter und Kämpfer...*, p. 11, afirma que la familia era noble.

19. Sobre esto, KELLER, *Friedrich Spee von Langenfeld. Seelsorger*, MODRAS, "A Jesuit in the Crucible. Friedrich Spee...", p. 19.

20. Se recuerda que logró volver al catolicismo a una joven luterana en pocas horas (Cfr: MIESEN, *Friedrich Spee, Pater, Dichter, Hexen-Anwalt*, p. 123); este episodio fue relatado décadas después de su muerte por el padre Masen (Cfr: VAN OORSCHOT, "Zur Geistigen Biographie Spees", p. 19).

21. Cfr: RUPP, *Friedrich von Spee. Dichter und Kämpfer...*, p. 17.

22. BINSFELD, *Tractatus de Confessionibus Maleficorum et Sagarum...*, p. 45. En 1590 apareció su traducción alemana: *Tractat Von Bekanntnuß der Zauberer vnd Hexen*, 1590.

23. Cfr: MIESEN, *Friedrich Spee, Pater, Dichter, Hexen-Anwalt*, p. 135. Sobre Binsfeld, DAXELMÜLLER, *Storia sociale di un'Idea*, p. 195; PROSPERI, *Dizionario Storico dell'Inquisizione*, p. 199. BEHRINGER, *Le streghe*, p. 51, calcula que en toda la región en tiempos de la gestión de Binsfeld fueron ejecutadas por lo menos unas 2.000 personas.

24. DEL RIO, *Magicarum Disquisitionum tomus secundus, in quo...*

25. Cfr: MODRAS, "A Jesuit in the Crucible. Friedrich Spee...", p. 19.

todas formas, estos autores eran tributarios de una obra fundamental de la criminología etiológica de su tiempo: *El Martillo de las brujas*.

IV. EL *MALLEUS MALEFICARUM*

Circularon por Europa diferentes manuales para inquisidores, como el de Bernard Gui (1261-1332)²⁶ y el de Eymerich, utilizado por la inquisición española y por la romana, en esta última actualizado por Peña,²⁷ pero en Europa Central el más difundido fue el *Malleus Maleficarum*,²⁸ obra de Heinrich Institoris o Heinrich Krämer, aunque se atribuye su coautoría con Jacob Sprenger, quien al parecer solo aportó su nombre para prestigiarlo.²⁹ Este texto es el *monstruoso antónimo de la Cautio*, que bien puede considerarse un *anti-Krämer*.³⁰

Se ha escrito mucho acerca de la forma bastante oscura en que se engendró el *Malleus*, incluyendo alguna falsificación y los antecedentes bastante siniestros de Krämer.³¹ Si bien estaba destinado a la inquisición eclesiástica, apareció en vísperas de su decadencia (1486) y fue un *best seller* de su tiempo,³² ampliamente utilizado por la inquisición de los jueces laicos alemanes.

El *Malleus* es una síntesis final de los primeros *criminólogos etiológicos* que, aunque no suele reconocérselos como tales, fueron los

26. GUI, *Manuale dell'inquisitore*.

27. Hay varias ediciones y traducciones de este texto: EYMERICH & PEÑA, *Il manuale dell'inquisitore*; EMÉRICO & GOMES, *O Manual dos Inquisidores; Directorium Inquisitorium...*; EMÉRICO & GOMES, *Directorium Inquisitorium. O manual dos Inquisidores*, prefacio de BOFF; EYMERICH Y FORTEA, *Manual de Inquisidores, Directorium Inquisitorium de Fray*.

28. Hay varias traducciones y presentaciones del *Malleus*: VERDIGLIONE, en *Il martello delle streghe*; JIMÉNEZ MONTESERÍN, presentación de *El martillo de las brujas, para...*; MURARO, *Breve Introdução histórica a O Martelo...*; GALLO, *Il marchio della strega. Malleus maleficarum...*

29. Cfr. HANSEN, *Quellen und Untersuchungen der Geschichte der...*, pp. 360 y ss.; MIESEN, *Friedrich Spee, Pater, Dichter, Hexen-Anwalt*, p. 133.

30. JEROUSCHEK, "Friedrich Spee als Justizkritiker. Die Cautio...", pp. 115 y ss.

31. NESNER, "'Hexenbulle' (1484) und 'Hexenhammer' (1487)", p. 102.

32. Hasta 1669 tuvo 34 ediciones (en detalle GALLO, *Il marchio della strega. Malleus maleficarum*), aunque HANSEN (*Quellen und Untersuchungen der Geschichte de...*, p. 460) calcula treinta. Fue el libro más impreso en esos siglos después de la Biblia.

demonólogos, casi todos dominicos.³³ Además, por primera vez se enuncia un sistema *integrado* de criminología etiológica (génesis del mal), derecho penal (reacción contra el mal), derecho procesal (actuación contra el mal) y criminalística (signos del mal), análogo al que siglos más tarde postularía el positivismo criminológico.³⁴

V. CRIMINOLOGÍA BIOLÓGICA, PATRIARCALISMO Y PELIGROSISMO

No es la anterior la única analogía con el positivismo criminológico. La criminología del *Malleus* —sintetizadora de los demonólogos— es notoriamente biologizante. Satán solo podía hacer el mal por medio de humanos³⁵ y, entre estos, los únicos que podían pactar con él eran los humanos inferiores, es decir, las mujeres, conforme a la misoginia de la época, arrastrada en siglos posteriores.

El biologismo del *Malleus* se pone claramente de manifiesto al considerar que los hijos del Sabbat eran producto de una selección espermática que genera predisposición a la hechicería,³⁶ pero sobre todo porque atribuye la pretendida inferioridad de la mujer a su genética (costilla curva), dando lugar a muchas páginas de síntesis repugnantemente misógina,³⁷ propia de un patriarcalismo biológico que, como es sabido, se continuó en el positivismo biologizante del siglo XIX.³⁸ El siniestro Krämer llegó a inventar una falsa etimología de *femina*, pretendiendo que deriva de *fe* y *minus*, o sea, *menos fe*.³⁹

33. Una selección cuidadosa de sus textos puede verse en: ABBIATI & AGNOLETTI & LAZZATI, *La stregoneria. Diavoli, streghe, inquisitori dal...*

34. El concepto de *sistema integrado* fue creado por Alessandro Baratta para caracterizar al positivismo (Ferri y von Liszt), por oposición al *no integrado* del neokantismo (BARATTA, *Criminologia e dogmatica penale...*, pp. 147-183).

35. *Malleus Maleficarum*, cuestión II.

36. *Malleus Maleficarum*, cuestión III.

37. *Malleus Maleficarum*, cuestión VI. Estas páginas están copiadas del *Formicarius* de Johann Nider. Cfr. BRAND, *Studien zu Johannes Niders deutschen Schriften*, p. 434.

38. Claramente, Cesare Lombroso. LOMBROSO & FERRERO, *La donna delinquente. La prostituta e...*

39. El verdadero origen etimológico de *femina* es la raíz sánscrita *dhê(i)*, común a *amamantar* y a *parto* (Cfr. ROBERTS & PASTOR, *Diccionario etimológico europeo de la lengua española*, p. 42).

Esto planteaba un problema jurídico, pues los penalistas de esos siglos, tributarios del aristotelismo y de la escolástica, eran rudimentarios *retribucionistas*, pudiendo decirse en términos actuales, que consideraban que la pena debía corresponder al grado de culpabilidad y que, por ende, debía ser mayor cuanto mayor fuese la conciencia del injusto. Las mujeres eran menos inteligentes que el hombre, tenían menos fortaleza y conciencia del injusto y, en consecuencia, menor culpabilidad, por lo que les correspondían penas menos severas.⁴⁰

Se produjo así un primario y elemental enfrentamiento entre el *retribucionismo* y el *peligrosismo* que, por lo general se considera originario del siglo XIX. Los demonólogos —y el *Malleus*— no podían ser menos que *peligrosistas*,⁴¹ lo que se adecuaba a la naturaleza policial de la función de los inquisidores. La analogía con el positivismo del siglo XIX es considerable, puesto que este provino de una alianza de policías con poder y sin discurso, con médicos con discurso y sin poder, confrontando en común contra jueces y juristas.⁴²

VI. LA GESTACIÓN DE LA OBRA CRÍTICA DE SPEE

Se calcula que Spee escribió la *Cautio* entre 1629 y 1631,⁴³ bajo la fuerte impresión dolorosa que le producía su misión de confesor de mujeres

40. Así lo consideraba Diego de Covarrubias (1512-1577) (Cfr. PEREDA, *Covarrubias penalista*, p. 135). Análogo criterio sostenía Claro (1525-1575) (JULII CLARI, *Opera Omnia sive practica civilis atque...*). Tiraqueau (1488-1558) afirmaba también que "la mujer deber ser penada menos que el hombre, puesto que este está dotado de mayor espíritu para comprender el mal, de mayor voluntad para resistirlo" (TIRAQUEAU, *De legibus connubialis et juri maritali*).

41. Como era de esperar, este *peligrosismo* desató el interés de los médicos, que en el siglo XVI intentaron imponer las *medidas de seguridad* por obra de un discípulo del famoso Agrippa, Johann Wier, que publicó en Basel en 1563 *De Praestigiis Daemonum et Incantationibus C.a. Venificiis*, que alcanzó ocho ediciones en pocos años. Sobre Wier: BAXTER, "Johann Weyer's De praestigiis daemonum: Unsystematic...", pp. 53 y ss.; VALENTE, *Johann Wier. Agli albori Della critica...* Recibió la conocida diátriba de Bodino, en defensa de la competencia estatal judicial sobre las brujas: BODIN, *De la demonomanie des sorciers...*

42. Por momentos dio lugar a conflictos ridículos, como la disputa de las cabezas de los guillotinos en París (sobre esto, DARMON, *Médicos y assassinos na belle époque...*).

43. Cfr. JEROUSCHEK, "Friedrich Spee als Justizkritiker. Die Cautio...", pp. 115 y ss.

inocentes, que le relataban la verdad, lo que al parecer incluso le había provocado una vejez prematura.⁴⁴ La primera edición fue en 1631, publicada por Peter Lucius, impresor de la universidad de *Rinteln*, sin el nombre del autor. No obstante, a poco tiempo se conoció su autoría y Spee se defendió de la censura imperante afirmando que había repartido copias del manuscrito y alguien lo había impreso sin su consentimiento, lo que todos opinan que fue una *frommen Lüge*.

La publicación de 1631 generó una serie de reacciones contra Spee, incluso dentro de la orden, pero Spee corrigió y amplió el texto para publicar una segunda edición en 1632 con un editor misterioso, pues al parecer se trata de un nombre de ficción y se sospecha que no fue impresa en *Frankfurt* sino en *Köln*,⁴⁵ donde por ese tiempo se ejecutaban mujeres en forma masiva.

Las denuncias contra Spee se enviaban a Roma, donde el general de la orden —Vitelleschi— dispuso la separación de este de ella, a lo que Spee se resistió con el acuerdo más o menos tácito de su provincial, Goswin Nickel (1582-1664), quien luego fue general de la orden. Nickel protegía a Spee.⁴⁶

Cabe observar que a Vitelleschi no le preocupaba lo que Spee opinaba sobre la quema de brujas en Alemania, porque en Roma se ocupaban de los reformados y no de las brujas, pero lo que lo alarmaba era la publicación eludiendo la censura, que podía afectar las relaciones de la orden con los príncipes alemanes.⁴⁷

Spee, por su parte, sabía que como miembro de la orden, tenía inmunidad frente a los inquisidores alemanes,⁴⁸ por lo que no cabe considerarlo un suicida inconsciente ni mucho menos. El resultado de estas intrigas⁴⁹ fue

44. RITTER, *Friedrich von Spee 1591-1635*, p. 50; SCHATZ, "Friedrich Spees Kampf gegen den Hexenwahn", pp. 33 y ss. El relato de Leibniz, según lo que le había contado Schönborn, amigo de Spee, se transcribe en SOLDAN & HEPPE, *Geschichte der Hexenprozesse*, T. II, p. 189; sobre la relación con Schönborn, MARIGOLD, "Beziehungen zwischen Friedrich von Spee und...", pp. 277 y ss.

45. Sobre esto, HAHN, "Die Cautio Criminalis", pp. 57 y ss.

46. Cfr. MIESEN, *Friedrich Spee, Pater, Dichter, Hexen-Anwalt*, p. 224.

47. Sobre esto, FRANZ, "Friedrich Spee und die Bücherzensur" pp. 82-83.

48. Cfr. RUPP, *Friedrich von Spee. Dichter und Kämpfer...*, p. 55.

49. No pretendemos indagar en las minucias de estos conflictos. Más detalles: cartas y respuestas de Roma en RUPP, *Friedrich von Spee. Dichter und Kämpfer...*, p. 86; la carta de Hermann Saving contra Spee en NIGG, *Friedrich von Spee. Ein Jesuit kämpf*, p. 17.

que Spee fue destinado a *Trier*, donde el medio no le resultaba tan adverso, sin que lograsen tampoco incluir su obra en el *Index*.⁵⁰

El mayor peligro para la vida de Spee, aunque parezca extraño, lo corrió en 1628 antes de la publicación de su obra, cuando estaba destinado a *Peine* y fue víctima de un atentado, al ser arrollado en un desfiladero por un jinete; sufrió heridas de las que tardó casi un año en reponerse.

VII. EL FINAL DE SPEE Y SU POSTERIDAD

Spee murió a los cuarenta y cuatro años. La única de sus obras publicadas en vida fue la *Cautio* y, por cierto, anónima. Pasó sus últimos años en *Trier*, ciudad que se disputaban todos y que alguien dijo que era una especie de pelota de fútbol entre las fuerzas francesas e imperiales.⁵¹ Mientras atendía a soldados enfermos, lo sorprendió la muerte el 7 de agosto de 1635 y fue sepultado precipitadamente, dado que cundía la peste. Su tumba se perdió hasta que en 1980 fue hallado en un ataúd de piedra, en la cripta de la catedral de *Trier*.⁵²

Aunque no se ha hecho debida justicia a Spee, no puede ignorarse que existe una amplísima producción bibliográfica contemporánea sobre su vida y obra. Al promediar el siglo pasado se publicaron varios libros sobre Spee,⁵³ aunque sería imposible aquí agotar los escritos sobre este crítico, poeta y teólogo.⁵⁴

50. Cfr. HAHN, "Die Cautio Criminalis", pp. 57 y ss.

51. NIGG, *Friedrich von Spee. Ein Jesuit kämpf gegen den Hexenwahn*, p. 74. Durante la guerra de los treinta años fue tomada dos veces por los españoles (1634), luego la ocuparon los franceses y en 1814 los prusianos. Allí nació Marx en 1818.

52. ARENS, *Friedrich Spee von Langenfeld. Zur Wiederauffindung...*

53. ROSENFELD, *Friedrich von Spee von Langenfeld. Eine...*; RÜTTENAUER, *Friedrich von Spee. 1591-1635. Ein lebender...*; ZWETSLOOT, *Friedrich Spee und die Hexenprozesse. Die Stellung...*

54. Una idea aproximada de la bibliografía sobre Spee puede obtenerse en: REICHERT, "Friedrich-Spee-Bibliographie", pp. 243-281; y, algunos años más tarde, la indicada por EMBACH, "Neuerschienenene Spee-Literatur, Eine Auswahlbibliographie der...", pp. 377-385. En 1991 se publicó en München el libro colectivo *Die politische Theologie Friedrich von Spees*, con importantes trabajos de Italo Michele Battafarano, Doris Brockmann, Peter Eicher, Anne-Lener Fenger, Günter Jerouschek, Heinz Dieter Kittsteiner, Sven K. Knebel, Heide Wunder. La nota con indicaciones bibliográficas de Battafarano es bastante abarcativa.

Con motivo del 350 aniversario de su muerte, el 7 de agosto de 1985, se fundó en su ciudad natal, *Kaiserwerth*, la *Friedrich-Spee-Gesellschaft*, dedicada a su vida y obra, que mantiene información *online* y publica el *Spee-Jahrbuch*, con trabajos, estudios e investigaciones. Cabe destacar, además, que hay varias ediciones modernas de las obras de Spee,⁵⁵ como también traducciones recientes de estas.⁵⁶ Dado que una figura con las características de Spee no podía pasarle por alto a la literatura, se convirtió en personaje de varias novelas históricas.⁵⁷

VIII. SPEE Y LOS ILUMINISTAS

Es claro que la *Cautio* se publicó cuando no estaban dadas las condiciones para su éxito inmediato, es decir, no había en Alemania una burguesía dispuesta a adoptarla como arma de lucha ideológica contra la nobleza, como habría de suceder con Beccaria, Sonnenfels, Hommel, Lardizabal, Melo Freire, etc. Faltaba casi un siglo y medio para ese momento social y político, cuando Spee exigía en la *Cautio* las mismas garantías procesales y penales que habría de demandar Beccaria.⁵⁸

55. RITTER, *Cautio Criminalis oder Rechtliches Bedenken...* ARENS, *Güldenes Tugend-Buch*. VAN OORSCHOT, *Trutz-Nachtigall*. ROST Y MACHALKE, *Mein Herzt will ich dir schenken...* Las obras completas se publican bajo el cuidado de Theo van Oorschot: SPEE, *Sämtliche Schriften, Historische kritische Ausgabe in...*

56. SPEE, *Allemagne 1631: un confesseur de sorcières parle: Cautio criminalis; I processi contro le streghe...*; *Cautio Criminalis, or a Book on Witch Trials*.

57. Así, REICHERT, "Friedrich Spee als literarische Figur", pp. 152 y ss. Entre ellas se mencionan las siguientes: DULLER, *Die Feuertaufe, Erzählung* (presenta a Spee como uno de los fundadores del colegio de Würzburg y se ocupa también del atentado); HAUPT, *Hexe und Jesuit. Erzählung aus der...* (comienza con el atentado a Spee en Woltp, aunque la autora desarrolla la obra en Trier); HUCH, *Der große Krieg in Deutschland. Roman* (hay una edición de más de mil páginas original de 1937, que la propia autora redujo para esta edición de Frankfurt); ESCHELBACH, *Hexenkampf. Friedrich-Spee-Roman*; LOHMEYER, *Die Hexe / Der Hexenanwalt / Das Kölner Tribunal*; LIECKFELD, *Anwalt der Hexen*.

58. Cfr. ZOPFS, "Unschuldvermutung und 'in dubio pro reo'...", pp. 79 y ss.; RUPP, *Friedrich von Spee. Dichter und Kämpfer...*, p. 78; JEROUSHEK, "Friedrich Spee als Justizkritiker", p. 132; ARENS, *Friedrich Spee von Langenfeld Jesuit Wissenschaftler*, p. 9.

No obstante, el nombre del jesuita se ignoró hasta fines de su siglo, cuando llegó un manuscrito a manos de Leibnitz, quien le precisó a Christian Thomasius la identidad de Spee.⁵⁹

Como es sabido, Thomasius fue el gran demoleedor del *Malleus* con su famosa *Dissertatio de criminis magiae* de 1701,⁶⁰ donde rescató a Spee del olvido, dedicándole una página completa en el párrafo 4º de la introducción, titulado precisamente *Commendatur Auctor Cautiois criminalis de processibus contra Sagas*. No solo lo elogia, sino que dice que no se explica cómo ha sido ignorado este pequeño tratado. Thomasius citó a Spee también con referencia a las condenas de inocentes⁶¹ y como impugnador de los indicios de magia.⁶²

IX. LA MORAL Y EL DERECHO.

Pero hay en la *Cautio* un aporte que no se ha destacado suficientemente, pese a que emerge de una atenta lectura de las partes del libro dedicadas a los confesores y que, seguramente, habrá impresionado a Thomasius, más allá de la concreta cuestión de las brujas y de la tortura.

En efecto: se consideró que Christian Thomasius inauguró el Iluminismo jurídico alemán al intentar la estricta separación entre el delito y el pecado, entre el derecho y la moral, entre el ser justo y el ser honesto. Si bien un tanto burdamente hizo un enorme esfuerzo en este sentido, estableciendo la diferencia entre el fuero interno y el externo.⁶³ Aunque simple, fue el primer ensayo iluminista para salvaguardar la autonomía de la persona como ente con conciencia moral, capaz de distinguir entre el bien y el mal.⁶⁴

Quien lea atentamente lo que Spee escribe en este libro dirigido a los confesores, y en especial cuando les advierte que son mediadores entre la

59. RUPP, *Friedrich von Spee. Dichter und Kämpfer...*, p. 25; sobre Leibniz y Spee, JAUMANN, *Ein jesuiter namens Pater Friedrich Spee...*, pp. 321 y ss.

60. La traducción alemana de la obra de Thomasius lleva por título: THOMASIUS, *Herrn D. Christian Thomasii Königl. Preuss...*

61. THOMASIUS, *Über die Hexenprozesse*, p. 105.

62. THOMASIUS, *Über die Hexenprozesse*, p. 96.

63. Así, WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, p. 164.

64. Kant y Feuerbach (crítico del retribucionismo del primero) intentarán luego hacerlo con mucha mayor fineza, pero siempre por el sendero que Thomasius había abierto.

persona y Dios, y no entre la persona y el juez, verá que no está haciendo otra cosa que tratar de establecer la separación entre las dos esferas, que fue justamente el empeño iluminista de Thomasius y de todos los que siguieron por el camino de la razón. Nada tiene que ver el confesor con la pena, con el delito ni con el juez, sino únicamente con la conciencia del confesado, sin que tampoco el juez pueda interferir en eso. Esta es la premisa de las admoniciones de Spee a los confesores y a su misma orden, a la que le imputa elegir confesores que no respeten la estricta separación de estas competencias.

La insistencia de Spee en la distinción entre la *corte externa* y la *corte interna*,⁶⁵ le deja a Thomasius planteada la distinción entre el fuero externo y el interno. *No cuesta mucho invertir la advertencia de Spee: si el confesor no debe mediar con el juez, el juez tampoco debe mediar con el confesor*. De allí a la tesis de los fueros interno y externo, más que un paso, hay casi una coincidencia. Y esa fue la clave fundamental del pensamiento iluminista primero, del sano liberalismo político y penal más tarde y del respeto a la dignidad de persona del ser humano en el actual jushumanismo.

X. ¿CREÍA SPEE EN LA HECHICERÍA?

Es claro que en la *Cautio* su autor no negó directamente la existencia de las brujas, pero rechazaba que Alemania fuese un país lleno de brujas, con lo cual defendió el prestigio de su pueblo.⁶⁶ Pero al no negar directamente el poder de la hechicería, algunos creen ver una contradicción, porque al comienzo dice creer en la existencia de las brujas, pero a lo largo del libro destruye todas las pruebas y afirma que ninguna de las condenadas lo había sido.

65. El tema de la conciencia (*Gewissen*) era central en la teología moral de los jesuitas de su tiempo. Con razón ha llamado el mismo la atención de los estudiosos de Spee, como WEBER, en su trabajo "Die Bedeutung des Gewissens bei Friedrich Spee...", pp. 51 y ss.

66. Cfr. JEROUSCHEK, "Friedrich Spee als Justizkritiker", pp. 115 y ss., p. 126; también HAHN, *Die Cautio Criminalis aus soziologischer Sicht*, pp. 104 y ss. Hay una curiosa respuesta a este autor por parte de Gunther Franz, en el mismo libro, FRANZ, *Die Cautio Criminalis aus soziologischer Sicht*, pp. 111-113, donde le critica la afirmación de que la mayoría de las personas habían sido parcialmente maníacas (*wahnsinnig*) por creer en brujas.

Se consideró que, inspirándose en Tanner, para no ser imputado de ateísmo y herejía, centró su crítica contra el proceso y las prácticas procesales, deslegitimó el valor de las denuncias y de las declaraciones bajo tortura, lo que permitió en los años posteriores criticar desde la razón la creencia misma en las brujas.⁶⁷ De ser esto cierto, para Spee la creencia en brujas debía representar un delirio.⁶⁸

Esta opinión se refuerza con el hallazgo del llamado *Rinteler Hexentrostschrift* (escrito de consuelo de brujas de *Rinteln*) atribuido a Spee. En 1879, Gustav Balke dio a conocer ese escrito de treinta y dos páginas, que estaba unido a la edición de la *Cautio* (la de *Rinteln*) con el siguiente título: *Proceso teológico. Cómo habrá de procederse con brujas y personas hechiceras. Divino escrito compilado para pastores que a esas personas deben tratar, absolver y consolar.*

Tanto Balke en 1879, como Emmy Rosenfeld en 1955 y Zwetsloot en 1954, todos estudiosos de la obra del autor, dieron por cierto que este escrito es de Spee, aunque no conste el nombre. Zwetsloot dice que en este texto se ve con mayor claridad que en la *Cautio* que su autor no creía en la posibilidad de que las brujas causasen ningún mal, pero no lo habría dado a publicidad, en atención a los problemas que le hubiese acarreado, incluso el riesgo para su propia vida. Su actitud no respondería a cobardía ni a falta de coraje cívico, sino que, por el contrario, sería una conducta realista conforme a las condiciones de su tiempo, pero pese a eso, pone claramente de manifiesto el objetivo de destruir directamente el delito de brujas. En el escrito se insiste en que el confesor no debe ser un mediador entre el reo y el juez, sino entre el reo y Dios, expresión reiterada por Spee, como hemos anotado antes.

De ser realmente este escrito de Spee, resultaría claro que pensaba que los efectos de la hechicería eran puros productos de la fantasía y, por ende, negaba la existencia de un crimen de competencia del príncipe, sino solo un delito de apostasía que daría lugar a un proceso teológico de competencia eclesiástica.⁶⁹

67. RITTER, *Friedrich von Spee 1591-1635...*, pp. 57-58 y p. 138. También lo considera una táctica Anton Arens, en *Friedrich Spee von Langenfeld Jesuit Wissenschaftler...*, pp. 9 y ss., p. 20; en igual sentido, NIGG, *Friedrich von Spee. Ein Jesuit kämpf*, p. 61.

68. Cfr. RUPP, *Friedrich von Spee. Dichter und Kämpfer...*, p. 57.

69. Sobre esto, KELLER, *Friedrich Spee von Langenfeld. Seelsorger, Dichter...*, p. 66.

XI. SPEE Y LA MUJER

La tesis de que Spee no creía en el poder de las brujas se refuerza además con su posición respecto de la mujer. Si bien la consideraba débil y, por ende, más vulnerable ante la crueldad, no por ello se hizo eco de la misoginia del *Malleus* ni mucho menos, sino que revaloró a la mujer.

En el plano literario se ha observado que Spee mantiene una coherencia entre su obra poética y la *Cautio* en cuanto a la imagen de la mujer, pues en el *Trutz-Nachtigall* —que es su principal obra poética— recupera la leyenda de María Magdalena, es decir, que en vez del lugar de bruja al que la habían degradado el *Malleus* y los demonólogos, la eleva al de misionera.⁷⁰

Es sabido que la idea de masculino y femenino como principios contrapuestos proviene de Oriente y, en definitiva, acaba identificando a la mujer con la naturaleza y al hombre con la cultura (el hombre como lo abstracto universal, concepto, la mujer como lo concreto material, corrupto)⁷¹ tesis que en síntesis suscribe y desarrolla el *Malleus* con su discurso de repugnante misoginia, en que la mujer es concebida como un *mal de la naturaleza*.⁷² La tesis contraria, según la cual ambos principios son complementarios, defendida secretamente por los alquimistas,⁷³ fue retomada en la psicología profunda por Jung en el siglo pasado.

El autor de un ensayo publicado hace pocas décadas, trata de reconstruir una *biografía espiritual* de Spee⁷⁴ y para eso adopta el esquema jungiano, en particular para explicar la especial sensibilidad de Spee respecto de la mujer, lo que le lleva a concluir que se trataba de una personalidad con el *ánima integrada*.

Para corroborar su hipótesis, el autor va reconstruyendo, a través del análisis bastante pormenorizado de sus cartas, de su obra poética (el *Trutz-Nachtigall*) y teológica (el *Güldenes Tugend-Buch*), como de la permanente referencia a *ella* y no a *él* en la descripción de las víctimas en la *Cautio*, una parte femenina del inconsciente de Spee, perfectamente integrada en sentido jungiano. Dice descubrir, entre otras cosas, *una descripción de su*

70. Cfr. MIESEN, *Friedrich Spee, Pater, Dichter, Hexen-Anwalt*, p. 268, sobre Magdalena en el *Trutz-Nachtigall*, en detalle MIESEN, *Trutz-Nachtigall*, pp. 270-278.

71. KAIRYS, *The Politics of Law*.

72. CULIANU, *Eros e magia nel Rinascimento*, p. 307.

73. ROOB, *Alquimia y mística*.

74. VAN OORSCHOT, "Zur geistigen Biographie Spees", pp. 9 y ss.

experiencia interior, inusual para un hombre. Afirma que a favor de la tesis de la integración del *ánima* jungiana hay un punto relevante en su correspondencia: *del modo de argumentación de Spee surge que consideraba a la mujer con un nivel de seriedad que era con toda seguridad inusual en su tiempo.* Más allá de la posición psicológica adoptada por el autor, lo cierto es que esta investigación deja en claro la alta consideración de Spee hacia la mujer, lo que no es compatible con la creencia en brujas. Más bien, lo contrario y de allí la impugnation de los procesos de tortura.

Spee fue en este sentido también un crítico social que, al revalorar a la mujer tácitamente estaba rechazando la misoginia de su tiempo, plasmada en el *Malleus* y, por cierto, considerando las particulares limitaciones de su época, no es exagerado considerarlo un antecedente del feminismo. Muchas de las construcciones argumentales del feminismo contemporáneo (sobre todo del feminismo radical esencialista de género, como el feminismo radical norteamericano de Catherine Mackinnon)⁷⁵ obedecen a una lógica semejante a la empleada por Spee para combatir la caza de brujas.

XII. EL OBJETO DE LA CRÍTICA DE SPEE

Son muchos los autores que observan que probablemente Spee, al no atacar la creencia en la hechicería y limitarse a criticar los procesos, no osaba decir todo lo que pensaba⁷⁶ y que, en definitiva, mediante la deslegitimación del proceso inquisitorial, procuraba acabar con la creencia en la existencia de las brujas.⁷⁷ No pasan de ver en esto una suerte de contradicción dictada por la prudencia. Sin descartar la prudencia, no cabe compartir por completo esta opinión dominante porque, desde la perspectiva de un sociólogo crítico, no hubo ninguna contradicción.

75. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*. Puede verse también FEDERICI, "La gran caza de brujas en Europa", pp. 257-336. Ronda Copellon, en su texto *Terror Íntimo, violencia doméstica entendida como tortura*, afirma, en línea con Silvia Federici, que la tortura alcanza con la caza de brujas (que no era sino una forma de desarticular resistencias campesinas, muchas de cuyas reuniones tenían lugar alrededor de una hoguera por las noches, en el combate al aquelarre) su punto más alto y cruento. La tortura de las brujas era una forma más de desarticular toda resistencia política campesina, COPELLON, *Terror íntimo*.

76. BASCHWITZ, *Hexen und Hexenprozesse, Die Geschichte eines*, pp. 237-238.

77. BATTAFARANO, "Von Spee zu Beccaria. Der Kampf...", p. 237; LOICHTINGER, en *Teufelsglaube und Hexenprozesse*, p. 139.

Cuando se discute la legitimidad de un ejercicio de poder punitivo, como puede ser en nuestros días, por ejemplo, la prohibición de tóxicos, es posible centrar la crítica en la ley y discutir acerca del bien jurídico y de su tutela. Discusión que puede ser adecuada, pero que queda en el plano del *deber ser*; lo que mantiene la cuestión limitada al alcance del poder punitivo en el plano legal o normativo. Esto es lo que en tiempos de Spee hubiese sido la discusión acerca de la existencia misma de las brujas, lo que llevaba a disputar sobre el poder y la naturaleza de Satán y otras discusiones de naturaleza semejante.

Pero cualquier criminólogo crítico no se centra en ese género de disputas, sino en el efectivo funcionamiento del aparato punitivo y en sus consecuencias: la autonomización policial, la funcionalidad para el poder, la formación de las mafias, la corrupción policial, la indiferencia o complacencia judicial, las luchas entre grupos marginales, los resultados letales de la prohibición misma, los que ahora suelen llamarse *resultados colaterales*, o sea que, en definitiva, demuestra que el objetivo manifiesto de la ley se aleja disparatadamente de la función real que cumple el poder punitivo que efectivamente se ejerce. Esto es exactamente lo que hacía Spee: no le importaba la discusión y las teorizaciones acerca de la existencia de las brujas, sino *la injusticia*, las aberraciones materiales de una *macro victimización*.⁷⁸ Los crímenes concretos del poder estatuido.

XIII. LA CRÍTICA CRIMINOLÓGICA

La mayor conmoción que en las últimas décadas del siglo pasado experimentaron las ciencias penales, provino de la criminología sociológica, en particular de la llamada criminología de la reacción social, o sea, el momento en que los sociólogos dejaron de pivotear su criminología en torno de las llamadas *causas del delito*, pues comprendieron que al dejar fuera de su campo científico —de su horizonte de proyección— al sistema penal, daban por cierta una etiología en gran parte falsa.

De este modo, se pasó a elaborar una criminología necesariamente *crítica* del ejercicio mismo del poder punitivo. Por esa razón, en los años sesenta y setenta del siglo pasado se cambió el paradigma criminológico y

78. BERISTAIN, *De Dios legislador en el Derecho...*, p. 11.

pasó el *sistema penal* a ocupar el centro del escenario epistemológico de este saber.

Por cierto, la criminología de la reacción social conoció los más diversos grados de profundización, desde el interaccionismo simbólico hasta los planteos macro sociológicos que dieron lugar a la llamada *criminología radical* en todas sus vertientes.⁷⁹ Aunque con mayor serenidad se dejen de lado los planteos sociológicos más radicales, lo cierto es que hoy, incluso en las perspectivas más prudentes, no puede ignorarse que, en buena medida, el propio sistema penal se erige en factor criminógeno. Todo esto, que suele denominarse en conjunto *criminología crítica*, pareció ser una novedad sin precedentes.

Afirmar ahora que la *criminología crítica* apareció en 1631, a primera vista parece un despropósito, pero la atenta lectura de la *Cautio Criminalis* permite sostener —sin duda alguna— esta afirmación, a condición de superar las diferencias de forma, cultura y modas académicas, para ir directamente al corazón mismo de la crítica, a su sentido y objeto último y al método que Spee empleó en su obra.

Ante todo, es obvio que el uso de las *cuestiones* es la modalidad de la exposición científica de la época que, si bien por cierto resulta extraño al uso de nuestro tiempo, en nada afecta el contenido mismo de la obra de Spee.⁸⁰

XIV. LA *CAUTIO* ES UN TEXTO CRIMINOLÓGICO, NO JURÍDICO

Es claro que Spee no quiso presentar un tratado jurídico —ni mucho menos penal—, razón por la que para nada respetó la tradición de los *prácticos*, que eran los penalistas de su época; sencillamente porque escribía un

79. Sobre las diversas corrientes, entre muchos, ANIYAR DE CASTRO & CODINO, *Manual de Criminología Sociopolítica*.

80. *Quaestio*, *disputatio* y *quodlibet* eran modalidades de la investigación que provenían de la edad media y continuaban vigentes en las universidades del siglo XVII. La *quaestio* se independizó en el siglo XIII de la *lectio* o interpretación exegética, para dar lugar autónomamente a una *disputatio* entre maestros y estudiantes, en tanto que la disputa *quodlibética* tenía lugar dos veces por año y consistía en una discusión de cualquier *quaestio* propuesta por cualquiera de los participantes, sin ser fijada previamente (*Cfr.* LE GOFF, *Os intelectuais na Idade Média*, pp. 120 y ss.).

libro de criminología y no de derecho penal. Un penalista de su tiempo o del actual, nunca se desentendería de la existencia de un fenómeno, aceptándolo con ligereza como verdadero, para luego desbaratarlo afirmando que no logró conocer ninguna de sus manifestaciones. Un criminólogo crítico puede y hasta debe hacerlo: no comienza ni le importa el tumulto de la especulación conceptual jurídica, sino explicar y criticar lo que en la realidad hace el sistema penal. Cuando el sociólogo crítico se refiere a los penalistas —al igual que Spee— es solo para mostrar las contradicciones de sus discursos, pues para el sociólogo los juristas son también objeto de estudio.

Esto no se comprende por parte de quienes creen ver en este proceder una incoherencia intencional,⁸¹ cuando en realidad hay una perfecta coherencia metodológica desde el punto de vista del sociólogo crítico.⁸² Cuando Spee discute con los teóricos es para demostrar que sus especulaciones no tienen nada que ver con la realidad; y es así como en su crítica a Del Rio, a Bodino y a Binsfeld, les opone que no conoció a ninguna bruja. Con lo que deja ver que sus opiniones no tienen base empírica además de sus íntimas contradicciones: las muestra como carentes de sentido frente a la realidad y, en general, como no cristianas.

Battafarano halla un paralelo estilístico o literario entre la *Cautio y Dei delitti e delle pene*,⁸³ lo que es correcto, pero en cuanto a contenido crítico —y sin pasar por alto la enorme trascendencia del libro de Beccaria—, lo cierto es que no es puramente criminológico, sino más teórico y político-criminal que la *Cautio*, cuyo contenido es mucho más empírico y detallado en los aspectos reales del funcionamiento de las agencias de criminalización y de sus operadores, como diría hoy un criminólogo crítico del sistema penal.

81. BATTAFARANO, "Die rethorisch-literarische Konstruktion von Spees", p. 144.

82. El acercamiento creciente de la sociología al Derecho (no solo Penal) debe explicarse como parte de una crisis del formalismo y del idealismo, sobre los que se asentaba la consistencia cerrada del Derecho moderno, su justificación interna, "abstracta", alejada de lo social (efectivo resultado de las "teorizaciones").

83. BATTAFARANO, "Die rethorisch-literarische Konstruktion von Spees", p. 148.

XV. SPEE COMO PROVOCADOR

En este sentido, la crítica de Spee no es solo ideológica, sino práctica y experimental. El propio Battafarano lo reconoce al destacar que Spee hace constar permanentemente su testimonio personal, su *yo*, su *ich*, "he visto", "me han dicho", "he oído".⁸⁴ El criminólogo no se llena de citas, sino de hechos, que en este caso los testimonia personalmente o los pone en boca de otros.⁸⁵ Muchas veces se trata de reflexiones, pero obsérvese que no son teóricas, sino casi siempre valoraciones de circunstancias de hecho puestas en boca de terceros anónimos.

En la *Cautio* no se plantea tanto la cuestión teórica, sino que se basa en la experiencia personal y en la facticidad de los procesos,⁸⁶ como corresponde a todo criminólogo crítico. Sus discusiones lógicas con los teóricos, sus reiterados silogismos, no tienen otro objeto que dejar en ridículo la tortuosa lógica de esas construcciones. Pareciera que se complace en hacerlo, se nota que le entusiasma descubrir sus falsedades, poner de relieve sus contradicciones.⁸⁷

84. BATTAFARANO, "Die rethorisch-literarische Konstruktion von Spees", p. 139.

85. Acaso deba buscarse allí la importancia dada por Spee a la poesía, su carácter de criminólogo crítico y a la vez de poeta (o dicho de otro modo, no es casual que un poeta jesuita lance críticas tan severas al poder punitivo), como dos rasgos eminentemente humanistas. La criminología crítica es humanista. Por eso puntualiza y combate las aberraciones (cacerías) inhumanas —torturas pasadas y actuales— del poder punitivo, aberraciones que son parte del presente en muchas regiones, como América Latina.

86. *Cfr.* SCHATZ, "Friedrich Spees Kampf gegen den Hexenwahn", p. 46.

87. Es importante remarcar que la Edad Media fue un período de gran avance para la lógica formal, a diferencia de la modernidad, período en que la lógica, paradójicamente siendo la época ilustrada la que más exaltaba el avance del conocimiento y las "luces de la razón" como base de todo progreso material, social y humano, se estanca. La predilección de Spee por la poesía es una toma de posición frente a este predominio formal de la lógica en la Edad Media, muchos de cuyos cultores "formales" fueron directos o indirectos cómplices de las mayores aberraciones materiales, materialidad perseguida, torturada, diezmada, rescatada por Spee en sus críticas criminológicas. La lógica es ciertamente menos pasible que la religión o teología de tales críticas y contradicciones, pero tampoco le son del todo ajenas, si bien la lógica argüirá en su defensa que se ocupa de la validez y no de la verdad, lo cierto es que los lógicos formales son profesores que viven y desarrollan su trabajo "formal" en una sociedad concreta, como cualquier científico. De lo que se trata en definitiva es de pensar la formalización de los lenguajes naturales desde la política; el derecho contemporáneo también ha querido "formalizar" el suyo propio, su propio "lenguaje natural", refugiándose en la lógica formal o deóntica sobre todo cuando no puede

Por momentos no se sabe si estas discusiones formales le causaban enojo o si lo superaba el placer de desbaratarlas.⁸⁸ Si se apartó en ocasiones de la temática criminológica para adentrarse en la teórica, no lo hizo para cambiar la naturaleza del trabajo, sino para demoler las bases mismas de la construcción legitimante, ridiculizar su aparente lógica, mostrar cómo estos objetos de estudio que eran los juristas, apelaban a falsedades legitimantes, cómo sus autores escribían sin saber y, además, inventaban una lógica propia, casi siempre trivial. Los criminólogos críticos de nuestro tiempo, precisamente, se ocuparon de demostrar que los datos de realidad que los penalistas daban por ciertos, a la luz de la sociología, eran falsos.⁸⁹ El acercamiento actual de la sociología al Derecho se vincula a esta necesidad de confrontar las abstracciones jurídicas —las veleidades legales— con los datos duros, incómodos, de la realidad social.

dar respuestas humanas a problemas concretos, no lógicos ni "formales". No es casual la predilección humanista de Spee por la poesía. La poesía es concreta. Es una voz menos formal (más "natural") que la voz de la lógica. Menos abstracta. Más comprometida y humana, con mayor empatía que la fría lógica, elucubraciones teóricas —tautológicas— encerradas en los gabinetes. La crítica criminológica es una crítica humanista vinculada íntimamente a la poesía y a su defensa de una humanidad concreta, libre, sin ataduras. El predominio de la lógica durante la Edad Media aún debe ser explorado, siendo la Edad Media una etapa "oscura" para la razón y "oscura" sobre todo para el ejercicio cruento del poder punitivo, el poder que cazaba y torturaba mujeres. La lógica formal no fue capaz de contradecir o combatir esto abiertamente. La poesía sí. Y Spee era un poeta. También puede pensarse como analogía el importante impulso que tuvo la lógica formal durante el nazismo, impulso del cual Gerhard Gentzen, profesor en la *Deutsche Universität in Prag* (al igual que Alois Höfler, profesor austriaco impulsor de la lógica que estudian los abogados, la lógica deóntica) es solo un ejemplo. También en la Argentina la lógica formal tuvo un importante impulso en la época (oscura) de la última dictadura militar, cuando toda filosofía humanista moderna fue expulsada de las universidades y facultades de derecho. Era más cómodo hacer lógica formal que afrontar problemas menos abstractos, más materiales. Esto no debe leerse como un alegato en contra de la lógica o los lógicos, sino como una reflexión o como un interrogante abierto acerca de sus momentos de mayor auge académico y político, su oportunidad o justificación. Contrariamente, pueden pensarse los momentos de mayor auge de la poesía, también en Alemania; la predilección de profesores como Martin Heidegger, rector en Friburgo, por la poesía de Paul Celan, que había perdido a sus padres en un campo de exterminio. ADORNO, *Negative Dialektik, Jargon der Eigentlichkeit*. 88. Todos los autores señalan las fuertes críticas de Spee, no solo a los juristas, sino también a los teólogos (por ejemplo, BERISTAIN, *Protagonismo de las víctimas de hoy...*, p. 116). 89. Así, por ejemplo, BARATTA, "Criminología e dogmatica penale. Passato e futuro...", pp. 147-183.

Hay una tónica discursiva que es propia de todo criminólogo crítico, que consiste en cierto grado de sana provocación. Nuestro jesuita confiesa que quiso hablar con los jueces, pero no halló respuesta, dada la formación propia de una corporación cuyos miembros pasan su vida dando por presueltas demasiadas cosas y no quieren que nadie se las ponga en duda, que nada les altere su *pax burocrática*. Ante esa actitud, no queda más remedio que la sana provocación, y Spee fue un provocador.⁹⁰ Pensemos en el re-vuelo que causó la primera edición de la *Cautio*, edición que de inmediato fue corregida y mejorada por el autor y dada de nuevo a la imprenta, conducta que solo puede llevar a cabo un auténtico provocador.⁹¹

Son varios los autores que caen en la cuenta de la condición de criminólogo crítico de Spee, aunque casi siempre se limitan a considerarlo un exponente de la teoría del *labeling approach*.⁹² Cuando en realidad su crítica era mucho más abarcativa, dado que responsabilizaba por la matanza de mujeres inocentes por lo menos a cuatro grupos: teólogos, jueces, nobles y pueblo,⁹³ sin limitarse a una clase ni a los funcionarios inferiores, sino que llevaba su crítica hasta los mismos príncipes. Imputaba la masacre a los teólogos teóricos que jamás habían estado en una cámara de tortura y que solo se movían para construir abstracciones y silogismos, como también a los juristas, que hacían un negocio de la caza de brujas, y a los príncipes, que callaban y derivaban la responsabilidad en sus subordinados y empleados.⁹⁴

XVI. LA CRÍTICA AL PODER

Cuando en los años sesenta del siglo pasado la llamada criminología *de la reacción social o crítica* surgió en el hemisferio norte, la vertiente del interaccionismo simbólico⁹⁵ fue objetada por criminólogos más radicales, porque parecía quedarse en los *under-dogs* y como máximo llegar a los

90. Cfr. VAN OORSCHOT, "Spee als Provokateur", pp. 7 y ss.

91. Rasgo propio también de todo poeta.

92. Cfr. JEROSCHKE, "Friedrich Spee als Justizkritiker. Die Cautio...", p. 127.

93. Cfr. RUPP, *Friedrich von Spee. Dichter und Kämpfer...*, p. 61; BERISTAIN, *Víctimas del terrorismo. Nueva justicia, sanción...*, p. 68.

94. SCHATZ, "Friedrich Spees Kampf gegen den Hexenwahn", p. 42.

95. Se referían, por ejemplo, al famoso libro de BECKER, *Outsiders*.

middle-dogs, pero no alcanzaba a los *top-dogs*,⁹⁶ es decir, que no llevaba la crítica hasta los más altos responsables del poder punitivo.

Aunque esta objeción quizá no esté del todo justificada, lo cierto es que Spee no podría ser objeto de ella, pues en 1631 llevó a cabo una crítica ácida contra todos los niveles de responsables del sistema penal de su tiempo, sin dejar de lado a ninguno. En este sentido, se ha observado correctamente que, si bien señala a cuatro grandes responsables de este crimen, en primer lugar, colocaba a los detentadores del poder político, social y religioso.⁹⁷

En efecto: lejos de limitarse a criticar a verdugos y carceleros, elevó su crítica mordaz, fuerte, irónica y rica en adjetivos, contra los jueces, los inquisidores, los confesores, los responsables de las órdenes religiosas, los magistrados, los consejeros, los doctos y los príncipes. Los *top-dogs* estuvieron lejos de librarse aquí de sus durísimos juicios. Sin duda que Spee llevó a cabo una crítica a la sociedad⁹⁸ y al poder de su tiempo y de su mundo.

Los ejecutores inferiores, como los verdugos, eran considerados por el jesuita como criminales degenerados, lúbricos y violadores. Los carceleros les estaban próximos y además eran charlatanes. Los jueces son descriptos como crueles e inhumanos, además de ignorantes y violadores de la ley, de la razón natural y de la doctrina, racionalizadores de sus decisiones atroces y solo ocupados en condenar sin piedad, negando los más elementales derechos de defensa, además de pervertidores del lenguaje jurídico para ocultar sus aberraciones en las actas judiciales. Los abogados son considerados cobardes e incapaces de asumir defensas, sensibles a la amenaza de ser considerados aliados de las brujas.

Los inquisidores fueron pintados como corruptos y ladrones, pues se quedaban con los bienes de los ejecutados, cobraban por cabeza de bruja quemada y practican extorsiones en los pueblos, ofreciendo lo que hoy se llamaría *protección mafiosa*. Pocas veces se ha descrito tan bien un fenómeno de *autonomización policial* y de una agencia policial corrupta y convertida en asociación ilícita.⁹⁹

96. Así, CAPECCHI & JERVIS, "Nota introduttiva".

97. Cfr. BERISTAIN, *Victimología. Nueve palabras clave*, p. 238.

98. Lo considera un crítico social RUPP, *Friedrich von Spee. Dichter und Kämpfer...*, p. 80.

99. En un ámbito religioso que también en el futuro iba a estar dominado por pensamientos antimodernos, antiliberales, contrarrevolucionarios, antiilustrados (cuyo ejemplo más alto

Los *doctos* a cada momento le provocaban asombro con sus elucubraciones de gabinete fuera de la realidad, escritas con comodidad y sin percatarse y menos dolerse por el daño y el sufrimiento humano que causaban.¹⁰⁰ Le irritaba a Spee que los *doctos* se ocupasen de *normalizar* la crueldad, limitándose a reproducir lo que en la *opinión pública* (el *vulgo* la llamaba) se repetía, y que diesen crédito a fábulas fantásticas, sugeridas por los verdugos en interrogatorios intencionales bajo las más crueles torturas imaginadas.

XVII. TEÓRICOS, CONSEJEROS, CONFESORES Y PRÍNCIPES

Los *consejeros* y *magistrados* aparecen como mentirosos, oportunistas —o cuanto menos— como gravísimos negligentes, que ocultan la verdad a los príncipes o prefieren ignorarla por comodidad.

A los *confesores* no les ahorra descalificaciones: ignorantes, débiles mentales, corruptos muchos (incluso por mera comida y bebida), aliados de jueces y verdugos, acosadores sistemáticos de las presas, testigos presenciales de torturas y también cooperadores intelectuales en estas, que llegaban a sugerir métodos más dolorosos e insidiosos. Los considera cómplices o coautores de los jueces crueles, peores que los propios verdugos. A los *responsables de las órdenes religiosas*, incluyendo a los de la suya propia, les imputaba la elección de los anteriores, incapaces y perversos.

A casi todos les reprocha su intolerancia ante las menores críticas u objeciones, su frecuente violencia contra quienes osan decir la verdad o formulan observaciones razonables, su mala fe al imputarles de inmediato alianzas y sospechas de encubrimiento de brujas e, incluso, de disimulo o cobertura de su práctica. No obstante, no deja de emplear Spee la misma arma retórica, puesto que en el texto queda flotando la sospecha de que el excesivo encarnizamiento de algunos sea producto de su propia práctica de la hechicería.

sería un siglo después Joseph De Maistre con sus *Cartas a un caballero ruso sobre la Inquisición española* y *Las veladas de San Petersburgo*, en defensa de la inquisición y en contra de la "ideología" de los derechos universales del hombre), la figura de Spee es una anomalía crítica. Es una anticipación de la crítica criminológica y social que empezaría a desarrollarse con fuerza recién dos siglos después.

100. Cfr. BERISTAIN, *Criminología y victimología. Alternativas Recreadoras del...*, pp. 79 y ss.

A los *príncipes* parece —en principio y diplomáticamente— tratarlos bien, por su índole *bondadosa*, pero de inmediato se olvida de esta supuesta *índole* y les imputa tolerar que sus subordinados incurran en atrocidades. Se maravilla de que parezca que no las conocen y que no tengan noticia de ellas, lo que deja pendiente la duda acerca de su supuesta ignorancia de la realidad punitiva y, por lo tanto, de su omisiva participación o complicidad consciente y dolosa, aunque a algunos no deja de imputarles directamente el carácter de instigadores o autores mediatos.

XVIII. IGUAL DE NERÓN

Por último y como corolario, no se ahorra la comparación del sistema penal de su tiempo, sostenido o tolerado por todos ellos, con la persecución de cristianos por Nerón y su equipo con el pretexto del incendio de Roma, que los quemaba como teas humanas. Con semejante cierre, en que el autor no puede ocultar su indignación, es clarísima la profunda herida que siente ante la negación del mensaje evangélico de amor al prójimo, frente a una perversión del discurso que habría tenido su lejano comienzo más de un milenio antes, con el enredo con el poder en la romanización de la Iglesia.¹⁰¹

En su tiempo, no era menor que a todos ellos Spee les vaticinase una rápida y directa remisión a los diferentes círculos del infierno que, en el imaginario de la época, no difería mucho de la creación dantesca y, dada la brevedad de la vida europea en ese momento histórico, nunca habría de demorar mucho.

XIX. LA AVIDEZ DE RIQUEZA

Una característica de la criminología crítica es poner de manifiesto los intereses económicos y la corrupción que se mueven alrededor de la criminalización, y Spee lo hace con toda claridad, conociendo la psicología

101. Sobre este proceso, FILORAMO, *La croce e il potere, I...* La reforma gregoriana jugó (S. XI) un papel decisivo en el abandono de la primitiva doctrina cristiana de amor al prójimo (no matarás), abriendo la puerta a la justificación de la guerra y las cruzadas.

de corruptos, fanfarrones y provocadores, al hablar de la confiscación de bienes, del cobro por cabeza de inquisidores y jueces, de la industria de los cadalsos y torturas.¹⁰² Lo que atribuye tanto a las autoridades laicas, como a las eclesiásticas, para responsabilizar a todos por el crimen masivo en curso que describe y atribuírselo a su comodidad, a su funcionalidad política, pero también a su avidez de riqueza y al alto grado de corrupción del sistema.

Es muy claro que con esto Spee denunciaba a todo el aparato de poder de su tiempo, es decir, al armazón mismo de la sociedad y de la cultura en que estaba inserto. Lo que reconocen incluso los autores que provienen del campo religioso, quienes también se percatan de la naturaleza de altísima crítica social del trabajo de Spee, por lo que alguno lo considera un teólogo de la liberación,¹⁰³ otro termina comparándolo con los jesuitas asesinados en El Salvador¹⁰⁴ y otro, movido por su metodología crítica, reflexiona sobre el presente, para concluir que no debemos sentir mucha superioridad cultural cuando comparamos nuestra época con los tiempos de la quema de brujas, verificando que sus alumnos apenas recuerdan hechos tan graves como el asesinato del obispo Romero.¹⁰⁵

XX. LOS TEÓRICOS *DOCTOS*

Pocas cosas son capaces de molestar más a un sociólogo crítico —y a cualquier cientista social— que la especulación sin contenido fáctico o basada en datos presupuestos y falsos.¹⁰⁶ Esta incomodidad —por no decir exasperación— se encuentra a cada paso en el texto de la *Cautio*, pero en particular cuando el jesuita rebate a Del Rio o a Binsfeld, quienes, además,

102. Cfr. RITTER, *Friedrich von Spee 1591-1635...*, p. 55.

103. Así, RUPP, *Friedrich von Spee. Dichter und Kämpfer...*, p. 67.

104. Cfr. MODRAS, "A Jesuit in the Crucible. Friedrich...".

105. Cfr. MODRAS, "A Jesuit in the Crucible. Friedrich...".

106. Vale la pena repetir que la lógica, disciplina hegemónica en la Edad Media, no se ocupa de la verdad o falsedad de las premisas. Se ocupa de la validez de los razonamientos, pero no de la verdad de estos. La lógica se ocupa de precisar cuáles razonamientos son o no válidos, no verdaderos. La "verdad" es ajena a la lógica formal. Por ello, limitarse a la lógica formal es insuficiente. Es dejar la realidad social de lado, en segundo plano. Este es un vicio que reproduce aun hoy gran parte de la doctrina penal. El avance de la sociología con trabajos de campo viene en parte a subsanar este vicio.

habían pertenecido a su misma orden. Da la impresión de que Binsfeld le agota la paciencia más que el propio Del Rio, quizá porque no podía ignorar que se trataba de un verdadero asesino masivo, dado que había actuado durante los años de su niñez.

Pocas dudas caben de que Spee experimentaba este profundo sentimiento de repulsa contra las especulaciones de los inquisidores, que lo llevaba a recordar que, para la iglesia antigua, la creencia en brujas debía combatirse como un resabio pagano¹⁰⁷ y aconsejaba a los teólogos inclinarse por un sano escepticismo y no confiar simplemente en argumentos de autoridad, sin ponderar los contrarios.

Cuando alguien pretende cerrar un discurso basado en datos fácticos, respondiendo con puras citas de autoridad, es obvio que apela a un autoritarismo que irrita a cualquier investigador social, y esto le pasaba a nuestro autor, cuando afirmaba como principio que *una opinión no puede tenerse por verdadera y segura solo mediante la autoridad, es decir, sin que los correspondientes escritores hayan ponderado antes los argumentos contrarios*, con lo que claramente se estaba refiriendo a Binsfeld.¹⁰⁸ Sin duda que Spee adelantaba la tesis del *estereotipo del delincuente* con su reiterada referencia a las *pobres mujeres ejecutadas*, pero también, como buen criminólogo crítico, ponía de manifiesto el cruel mecanismo de reproducción de clientela usado por los inquisidores, que no torturaban para que la bruja confesase, sino para que diese cualquier nombre, lo que luego era admitido como prueba suficiente para someter a tortura a la nombrada.

XXI. LA REPRODUCCIÓN MAFIOSA

La criminología crítica de las recientes décadas puso en descubierto la reproducción del delito que en muchos casos provoca la propia intervención del sistema penal. Lo que en su obra describe crudamente Spee, no es más que una forma brutal, primitiva, descarada y rudimentaria, del mismo proceso de reproducción.

107. Parece que Spee se refiere con esto al *Canon Episcopi*, que es un texto antiguo de la Iglesia que, en definitiva, restaba importancia a la hechicería, lo que constituyó un obstáculo para la legitimación de la inquisición. Sobre esto: HANSEN, "Aus dem sog. Canon episcopi (c. 900)", p. 38.

108. Cfr. RUPP, *Friedrich von Spee. Dichter und Kämpfer...*, p. 74.

Desnudaba la repetición de leyendas mediante las preguntas sugestivas, la coincidencia en descripciones fantásticas, tomadas como prueba de la realidad de la brujería, y sometía esta aberración a una crítica mordaz e inclusive poética. Puso en evidencia que todas las fabulaciones que llenaban los libros de los teóricos nacían en las salas de tortura de los inquisidores, sugeridas por ellos mismos y por los confesores corruptos, de cuya elección acusaba a su propia orden.

Spee denunciaba la perversión del lenguaje jurídico, el cambio de nombres para encubrir lo que asentaban en sus actas: así, la declaración que se registraba como *espontánea*, cuando había sido obtenida por tortura, es decir, ponía al descubierto los *eufemismos jurídicos y procesales*, aún hoy en boga, a veces hasta el disparate ridículamente dramático. No hemos cambiado tanto desde aquellas críticas de Spee: también nosotros empleamos eufemismos jurídicos, detrás de los cuales se esconde la barbarie.

La *creación de realidad mediática* de su tiempo se reforzaba por todos los que difundían estas versiones y abusaban de la credulidad. Era el famoso *teorema de Thomas* en acción: en cuanto a efectos, poco importa que algo sea verdadero o falso, porque si se lo da por cierto, produce efectos reales.

Nada podía ser más funcional al poder de esa sociedad, que imputar todos los males a Satán y a las brujas, por lo que su necesidad de *inventar criminales* era evidente. Spee se enfrentaba con una coincidencia de intereses corruptos dedicados a reproducir delincuentes reales o imaginarios: era necesario a los príncipes para descargar responsabilidad en Satán y las brujas; a los verdugos e inquisidores, para seguir extorsionando y enriqueciéndose; a los confesores para seguir medrando en la corrupción; a los jueces para seguir usufructuando sus privilegios; a los teóricos para aumentar su prestigio; etc.

Cabe recordar que, en la época, cuanto mayor era la gravedad de un crimen, más se legitimaban los medios crueles y sádicos para su investigación. Los *crímenes extraordinarios* fueron aumentando, hasta llegar a serlo el de *lesa majestad*, el robo con muerte, la hechicería, la falsificación de moneda, la alta traición, la conspiración y se fueron agregando otros. Esa categoría de *crimen exceptum*, autorizaba medios también *excepcionales*, el derecho desaparecía, deglutido por la supuesta necesidad policial —de *seguridad*— de esclarecimiento y erradicación del mal mayor. Se trataba de la misma estructura de pensamiento que alimentaría todos los discursos de los estados policiales hasta hoy. El estado de excepción permanente

(contradicción en la que estamos sumidos) que justifica —anacronismo aparte— el recorte de garantías. Gran parte de la doctrina penal se dedica también en nuestros días a justificar estas contradicciones.

XXII. LA TORTURA

Spee se enfrentaba en materia de tortura con la retorcida lógica de los teóricos: afirmaba, en contra de estos, que por grave que fuese un crimen, nada autorizaba a dejar a un imputado librado a la arbitrariedad de los jueces¹⁰⁹ y menos de las policías, como eran en definitiva los inquisidores. Si bien esta afirmación parece una obviedad, con frecuencia se la sigue desconociendo hasta la actualidad.

La crítica a la tortura en la *Cautio* no es únicamente producto de un frío razonamiento criminológico, sino que refleja su indignación ante la crueldad, pero también —y quizá aún más— ante la indiferencia y, con mayor razón, frente a los teóricos que la legitimaban con silogismos mal contruidos y que rebuscaban en la Biblia, tratando de hallar palabras para justificar sus intereses corporativos, mezquinos, corruptos e inconfesables. Es preciso ser demasiado paciente para no irritarse, por ejemplo, ante los esfuerzos de Bodino, metiéndose en las etimologías del hebreo, para rebatir a Wier y pretender demostrar que la Biblia ordenaba matar a todas las brujas, cuando en realidad lo hacía para concentrar poder en el rey.¹¹⁰

La tortura era una institución milenaria, difícil de erradicar, pues uno de los argumentos más frecuentes para defender cualquier institución punitiva es su antigüedad. Pues bien: más antigua que la tortura hubo pocas y, por cierto, bien resistente, pues casi un siglo y medio después de Spee, Sonnenfels publicó su alegato,¹¹¹ en tanto que el de Verri permaneció inédito y solo fue publicado póstumamente.¹¹²

109. Sobre esto llama la atención especialmente, RITTER, *Friedrich von Spee 1591-1635...*, p. 59.

110. En rigor, Bodino defendía la estatización de la lucha contra las brujas, lo que tampoco era del agrado de la Iglesia, razón por la cual sus obras fueron incluidas en el *Index*. Sobre esto en detalle, VALENTE, *Bodini in Italia, la Demonomanie des...*, pp. 147 y ss.

111. SONNENFELS, *Über die Abschaffung der Tortur*.

112. Sobre la publicación póstuma del libro de Pietro Verri en 1803, *Cfr.* MALARINO, “Estudio preliminar a Verri”.

XXIII. EL PERSONAJE EN TODA SU DIMENSIÓN

Por momentos se mezcla en Spee su vocación de criminólogo crítico con la del ser humano contrariado y enardecido, también con la del poeta herido y con la del teólogo indignado, pero no por eso deja de ser un verdadero criminólogo crítico o, quizá, en el fondo de todo crítico se muevan los mismos sentimientos y, en alguna medida, las mismas sensibilidades.

Como se advirtió al comienzo, es imposible en pocas páginas dimensionar toda su figura,¹¹³ pues también tuvo una alta relevancia literaria y teológica, lo que fue una feliz coincidencia y, además, mantiene una perfecta coherencia en estas dos dimensiones con la de criminólogo crítico.

Sobre el valor literario de Spee se ha escrito muchísimo.¹¹⁴ Su obra poética máxima, el *Trutz-Nachtigal*, contiene cincuenta y una piezas (canciones, poesías o *Lieder*) y fue objeto de muchos estudios literarios.¹¹⁵ La revaloraron los románticos del siglo XIX, que lo descubrieron como devoto poeta católico. Achim von Arnims (1781-1831) y Clemens Brentano (1778-1842) lo incluyeron en sus recopilaciones de *Lieder*. Se ocupó de Spee nada menos que Friedrich von Schlegel, como también Joseph von Eichendorff y Joseph von Görres. Por otra parte, al escribir en alemán, Spee reivindicó su lengua, que los intelectuales de la época despreciaban como inadecuada para la poesía.¹¹⁶ Cabe recordar que, como poeta, tam-

113. Pueden verse mayores datos, entre otros, en: HEINZ, *Friedrich Spee Dichter, Seelsorger, Bekämpfer des...*, pp. 16 y ss.; RITTER, *Friedrich von Spee 1591-1635...*; DECKER, "Die Cautio Criminalis und die Hexenprozess-Ordnung..."; HARTMANN, "Der Hexenwahn im Herzogtum und Kurfürstentum..."; JILG, "'Hex' und 'Hexerei' als kultur- und..."; KRESING, "Ein Mann von immenser Spannweite des Wirkens"; NIGG, *Friedrich von Spee. Ein Jesuit kämpf...*

114. ARENS, *Friedrich Spee von Langenfeld Jesuit Wissenschaftler...*, p. 9; NIGG, *Friedrich von Spee. Ein Jesuit kämpf...*, pp. 30-40; MOHR, "Lieder von Friedrich von Spee in..." , pp. 103 y ss.; SCHAUB, "Die Trutz-Nachtigall. Friedrich Spee: Volksdichter..." , pp. 115 y ss.; SCHEELE, "'In Spee spes'. Friedrich Spees frühe..." pp. 65 y ss.; KÜPPERS, "Trutz-Nachtigal", p. 83 y ss.; FETSCHER, "Ein Tafelbild", pp. 97 y ss.; FECHNER, "Friedrich Spee, poeta sacer et doctus..." , pp. 63 y ss.; AMELN, "Die Melodien zu Friedrich Spees Liedern", pp. 207 y ss.; FABER, "Friedrich von Spee - Josef von Eichendorff..." , pp. 343 y ss.; fuera del círculo de estudiosos de Spee, GRASS, *Das Treffen in Telgte*, p. 228.

115. Por ejemplo, JACOBSON, *Die Metamorphosen der Liebe und Friedirch...* Un extenso análisis de la poesía de Spee en el capítulo RITTER, "Zu einem geistlichen Parnaß", pp. 81-130.

116. RITTER, *Friedrich von Spee 1591-1635...*, p. 88. Sobre el "alto alemán" de Spee,

co en vida Spee tuvo suerte, puesto que el *Trutz-Nachtigal* solo se publicó después de su muerte.

En cuanto a su figura teológica, su obra es el *Güldenes Tugend-Buch* —que terminó en 1631 y tampoco fue publicado durante su vida—, escrito a pedido de mujeres y dedicado a ellas, lo que guarda perfecta coherencia ideológica y emocional con la fuerza que lo impulsó a escribir la *Cautio* y el respeto que demostró siempre por la mujer. En el plano teológico se ponderó su creatividad religiosa¹¹⁷ e incluso se la comparó con la de Tomás de Kempis.¹¹⁸

XXIV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Una conclusión es por regla un resultado. No obstante, aquí se plantea un interrogante. Hemos visto que, si extendemos nuestra mirada más allá de lo cronológicamente habitual en las obras corrientes de derecho penal y de criminología, hallamos ciertas *estructuras de pensamiento* que hasta el presente nos resultan familiares. En efecto: el retribucionismo de los prácticos y el peligrosismo y la criminología etiológica de los demonólogos son bastante evidentes. No costaría mayor esfuerzo descubrir en Bodino una estatización de bienes jurídicos análoga a la del derecho penal del fascismo italiano, como tampoco en Molitor¹¹⁹ y algunos otros demonólogos una franca adhesión al *Willensstrafrecht*,¹²⁰ en Wier un abierto reclamo de medidas de seguridad curativas y, en el caso de Johann Nider, al postular al hormiguero como forma ideal de sociedad en su famoso *Formicarius*,¹²¹

BECKER, *Die Sprache Friedrichs von Spee. Ein...*

117. FISCHER, "Die Schöpfungsfrömmigkeit Friedrich Spees", pp. 33 y ss.; un interesante estudio de BERNS, *Zum Verhältnis von Mystik und Mechanik...*, pp. 101 y ss., vincula su mística y su poesía con la mecánica del reloj y del corazón.

118. NIGG, *Friedrich von Spee. Ein Jesuit kämpf...*, pp. 19 y ss.; KELLER, *Friedrich Spee von Langenfeld. Seelsorger*, pp. 21 y ss.; SUDBRACK, "Mystik und Methode. Ganzheitliches Beten bei...", pp. 107 y ss.; FRANZ, "Das Güldene Tugendbuch", p. 100 y ss.; WEBER, *Spee als Moralthologe, idem.*, pp. 110 y ss. También son interesantes las observaciones de MERTES, "Hexenverfolgung und Gottesbild, Zur Mystik Friedrich...", pp. 119 y ss.

119. MOLITOR, *De lamiis et pythonicis mulieribus*, capítulo X.

120. Cfr. JEROUSCHEK, "Vom Schadenzauber zum Teufelpakt. Friedrich. Spees...", p. 133 y ss.

121. Llama la atención la cantidad de ediciones del *Formicarius*, reiteradas veces impreso

una cercanía significativa con la idea de la *Volksgemeinschaft*. Ahora, una observación más profunda a la *Cautio* muestra que tampoco la criminología sociológica llamada *crítica* es una creación tan reciente.¹²²

En síntesis, la conclusión es un interrogante digno de meditación: *¿Acaso continuamos discutiendo acerca de estructuras básicas de pensamiento de varios siglos atrás?* Tal vez debamos reconocer que hemos avanzado en doctrina y dogmática penal mucho menos de lo que nos gustaría creer que hemos avanzado. Seguimos debatiendo, también en materia penal y criminológica, estructuras y hábitos de la Edad Media. Como escribió Spee: "*Was suchen wir so mühsam nach Zauberern? Hört auf mich, ihr Richter, ich will euch gleich zeigen, wo sie stecken*"¹²³ ("¿Para qué nos esforzamos tanto por encontrar magos? Háganme caso a mí, ustedes jueces, yo les mostraré ahora mismo dónde se han metido"). El esfuerzo que inició Spee no ha terminado. Su trabajo de crítica humanista, de concientización, que nosotros como penalistas críticos heredamos, recién comienza. Sería un error severo pensar que la caza de brujas (como la esclavitud y otras formas de torturar a la humanidad) ha terminado. La opresión cambia de forma, se perpetúa con nuevos nombres, se justifica con nuevos eufemismos legales. El desafío es no caer en ellos. Es mantener la conciencia crítica despierta, como la tuvo Spee en su tiempo. Rehusar repetir los discursos que legitiman la barbarie, inclusive la barbarie disfrazada de cultura legal. Porque la caza de brujas no ha terminado. Y los procesos donde aun hoy se aplica la tortura para extraer "verdades", inclusive en las democracias más avanzadas del mundo, tampoco. Tiene una nueva forma: hoy se llama estado de "excepción", "antigarantismo", "guerra al delito". Guantánamo. Genocidios por goteo. Muertos por "gatillo fácil", falsos positivos, muertos en falsos "enfrentamientos", bajas en "combate".

junto al *Malleus* (por ejemplo, en la edición de Lyon de 1620, se lo agrega a partir de la p. 469 (F R Ioannis Nider svuevi, ordinis praedicatorum...), que alcanzó 17 ediciones antes de 1500 (Cfr. SCHIELER, *Magister Johannes Nider aus dem Ordem...*, p. 381).

122. Debe tenerse en cuenta que el crimen medieval más grave era la relación con el demonio. No el asesinato. El asesinato era execrable, pero perdonable. La relación con el demonio, en cambio, no. Gilles de Rais, noble francés que había combatido junto a Juana de Arco, asesinó a cientos de niños, pero esto estaba dentro de la lógica jurídica moderna —incipiente— de lo perdonable (si se arrepiente). Sin embargo, la Iglesia lo excomulga por haber invocado al demonio y la práctica de magia negra. BATAILLE, *El verdadero barba azul: la tragedia...*

123. SPEE, *Cautio Criminalis*, p. 96.

La lista es larga y penosa. La humanización del Derecho latinoamericano es una tarea pendiente. Como dijo magníficamente Gabriela Mistral: la humanidad es todavía algo que hay que humanizar. También lo dijo Jürgen Habermas: la modernidad, con sus consignas ilustradas valederas sobre la dignidad humana universal, conforman un proyecto inacabado, que todavía debe realizarse.¹²⁴ La humanización del Derecho (no solo Penal) es una tarea que está en sus albores y que reconoce en personas como Spee, un poeta jesuita, capaz de discutir no solo para afuera, sino también al interior de su propia orden religiosa, a sus iniciadores. Los operadores jurídicos tienen en Friedrich Spee un buen modelo a seguir. Un modelo crítico de un discurso dominante y cruento, discurso que aun hoy sigue cazando brujas y recortando garantías, que sigue justificando la tortura —la barbarie— con nuevos eufemismos legales.¹²⁵

BIBLIOGRAFÍA

- ABBIATI, Scilla, AGNOLETTI, Attilio & LAZZATI, María Rosario, *La stregoneria. Diavoli, streghe, inquisitori dal Trecento al Settecento*, Mondadori, 1991, Milano.
- ADAMUS, TANNER, ARCHIDUX DE AUSTRIAE, LEOPOLDUS & MENZELIUS, LEO, *Adami Tanneri Societate Iesu, Theologiae scholasticae. Tomus tertius. De fide, spe, charitate, iustitia, religione, cateristique virtutibus & vitiis ac variis hominum statibus*, Johannes Bayer, 1627, Ingolstadt.
- ADORNO, Theodor, *Negative Dialektik, Jargon der Eigentlichkeit*, Suhrkamp Verlag, 2003, Frankfurt am Main.
- AMELN, Konrad, "Die Melodien zu Friedrich Spees Liedern", en BATTAFARANO, Italo M. (dir.), *Friedrich Spee. Dichter, Theologe und Bekämpfer der Hexenprozesse*, Daphnis, 1988.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola & CODINO, Rodrigo, *Manual de Criminología Sociopolítica*, Ediar, 2013, Buenos Aires.
- ARENS, Anton, *Friedrich Spee von Langenfeld Jesuit Wissenschaftler Dichter Menschenrechtler*, Bonifatius Druck - Buch - Verlag, 1991, Paderborn.

124. HABERMAS, *El discurso filosófico de la modernidad*.

125. SONTAG, "Ante la tortura de los demás".

- , *Friedrich Spee von Langenfeld. Zur Wiederauffindung seines Grabes im Jahre 1980*, Spee-Verlag, 1981, Trier.
- ARNOLD, John H. en PROSPERI Adriano (dir.), *Dizionario Storico dell'Inquisizione*, Edizioni Della Normale, 2010, Pisa, Vol. II, con la colaboración de LAVENIA, Vincenzo, TEDESCHI, John & Scuola Normale Superiore.
- BARATTA, Alessandro, "Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica", en *La questione criminale*, 1979, Bologna.
- BASCHWITZ, Kurt, *Hexen und Hexenprozesse. Die Geschichte eines Massenwahns*, Deutscher Taschenbuch Vlg., 1966, München.
- BATAILLE, Georges, *El verdadero barba azul: La tragedia de Gilles de Rais*, Tusquets, 1986, Madrid.
- BATTAFARANO, Italo M., "Von Spee zu Beccaria. Der Kampf um die Abschaffung der Folter und der Hexenprozesse in der frühen Neuzeit", en BATTAFARANO, Italo M., (dir.), *Friedrich Spee. Dichter, Theologe und Bekämpfer der Hexenprozesse*, Luigi Reverdito Editore, 1988, Trento.
- , *Die rethorisch-literarische Konstruktion von Spees Cautio Criminalis*, en BATTAFARANO, Italo M., (dir.), *Friedrich Spee. Dichter, Theologe und Bekämpfer der Hexenprozesse*.
- BAXTER, Christopher, "Johann Weyer's De praestigiis daemonium: Unsystematic Psychopathology", en ANGLO, Sydney (dir.), *The damned Art. Essays in the literature of witchcraft*, Routledge & K. Paul, 1977, London.
- BECKER, Adolf, *Die Sprache Friedrichs von Spee. Ein Beitrag zur Geschichte der neuhochdeutschen Schriftsprache*, 1912, Halle.
- BEHRINGER, Wolfgang, "Von Adam Tanner zu Friedrich Spee. Die Entwicklung einer Argumentationsstrategie (1590-1630) vor der Hintergrund zeitgenössischer gesellschaftlicher Konflikte", en VAN OORSCHOT, Theo G. M., *Friedrich Spee (1591-1635): Düsseldorfer Symposion*, 1993, Bielefeld.
- , *Le strenghe*, Il Mulino, 2008, Bologna.
- BERISTAIN, Antonio, *Criminología y victimología, Alternativas Recreadoras del delito*, Leyer, 1998, Bogotá.
- , *De Dios legislador en el Derecho Penal, la Criminología y la Victimología*, Porrúa, 2005, México.

- , *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana*, Tirant lo Blanch, 2004, Valencia.
- , *Víctimas del terrorismo. Nueva justicia, sanción y ética*, Tirant lo Blanch, 2007, Valencia.
- , *Victimología. Nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, 2000, Valencia.
- BERNS, Jörg J., "Zum Verhältnis von Mystik und Mechanik bei Spee" en BATTAFARANO, Italo M. (dir.), *Friedrich Spee. Dichter, Theologe und Bekämpfer der Hexenprozesse*, L. Reverdito, 1988, Trentino.
- BERTI, Giordano, *Storia della stregoneria*, 2010, Milano.
- BINSFELD, Petrus, *Tractat Von Bekanntnuß der Zauberer vnd Hexen*, Heinrich Bock, 1590, Trier.
- , *Tractatus de Confessionibus Maleficorum et Sagarum, an, el quanta fide sijs adhibenda sit. Auctore Petro Binsfelio Suffraganio Treuirensi Doctore Theologo*, Heinrich Bock, 1589, Trier.
- BODIN, Angevin, *De la demonomanie des sorciers par I., Quatriesme Edition, 1598*, 4^oed., Phénix Éditions, 2003.
- BOGUET, Henry, "Discours execrable des sorciers avec six advis en fait de sorcellerie et une instruction pour un juge en semblable matière", en Bouget, H., *H. Boguet, grand juge en la terre de Saint-Oyande-Joux, dicte de Saint-Claude au Comté de Bourgogne*, 2^oed., 1603, Paris.
- BRAMBILLA, Elena, *La giustizia intollerante, Inquisizione e tribunali confessionali in Europa (secoli IV-XVIII)*, Carocci, 2006, Roma.
- BRAND, Margit, *Studien zu Johannes Niders deutschen Schriften*, Istituto Storico Domenicano, 1998, Roma.
- BRENNINKMEYER, Edgar, "Pater Friedrich Spee — ein Lebenslauf", en SIEVERNICH, Michael, *Friedrich von Spee, Priester, Poet, Prophet, Knecht*, 1986, Frankfurt.
- CAMMILERI, Rino, *La vera storia dell'inquisizione*, Piemme, 2001, Casale Monferrato.
- CAPECCHI, Vittorio & JERVIS, Giovanni, "Nota introduttiva", en CHAPMAN, Denis, *Lo stereotipo del criminale*, Einaudi, 1971, Torino, nota 1.
- CULIANU, Ioan P., *Eros e magia nel Rinascimento*, Bollati Boringhieri, 2006, Torino.
- DARMON, Pierre, *Médicos y assasinos na belle époque, A medicalização do crime*, Paz e Terra, 1991, Rio de Janeiro.
- DAXELMÜLLER, Cristoph, *Magia: Storia sociale di un'Idea*, Rusconi, 1997, Milano.

- DECKER, Reiner, "Die Cautio Criminalis und die Hexenprozess-Ordnung der römischen Inquisition", en *Spee-Jahrbuch*, Arbeitsgemeinschaft der Friedrich-Spee-Gesellschaften, Düsseldorf y Trier, 1996.
- DEDIEU, Jean-Pierre, *L'Inquisizione*, San Paolo Edizioni, 1990, Torino.
- DEL RIO, Anton M., *Magicarum Disquisitionum tomus secundus, in quo agitur De maleficio, vana observatione, divinatione, & de coniectatione*, Gerard Rivius, 1600, Louvain.
- DIEFENBACH, Johann, *Der Hexenwahn vor und nach der Glaubensspaltung in Deutschland*, Fourier, 1886, Mainz.
- DIEL, Johannes, *Friedrich von Spee. Eine biographische und literarische Skizze*, 2º ed., 1901, Freiburg.
- DUHR, Bernhard, *Die Stellung der Jesuiten in den deutschen Hexenprozessen*, 1900, Köln.
- DULLER, Eduard, *Die Feuertaufe, Erzählung*, 1834, Frankfurt.
- EISENHARDT, Ulrich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Beck C. H., 2008, München.
- ELIADE, Mircea, *Ocultismo, brujería y modas culturales*, Paidós, 1976, Buenos Aires.
- EMBACH, Michael, "Neuerschienenene Spee-Literatur, Eine Auswahlbibliographie der Erscheinungsjahre 1991-1993", en GUNTHER, Franz (dir.), *Friedrich Spee zum 400. Geburtstag, Kollokium der Friedrich-Spee-Gesellschaft Trie*, Bonifatius, 1995, Paderborn.
- EMÉRICO, Nicolau & GOMES, João (trad.), *O Manual dos Inquisidores*, Afronite, 1973, Lisboa.
- , *Directorium Inquisitorium, Manual dos Inquisidores, 1376, Revisto e ampliado por Francisco de La Peña em 1578*, Brasilia, 1993, Brasilia, prefacio de BOFF, Leonardo.
- ESCHELBACH, Hans, *Hexenkampf. Friedrich-Spee-Roman*, Veritas, 1939, Bonn.
- EYMERICH, Nicolau & FORTEA, José Antonio (trad.), *Manual de Inquisidores, Directorium Inquisitorium de Fray Nicolas Eymeric*, 2006, Madrid.
- EYMERICH, Nicolau & PEÑA, Francisco (trad.), *Il manuale dell'inquisitore*, 2000, Roma, notas de SALA-MOLINS, Louis, introducción de EVANGELISTA, Valerio, Roma.
- FABER, Richard, "Friedrich von Spee - Josef von Eichendorff - Friedrich von Hardenberg. Zur Metamorphose geistlicher Lyrik", en BATTAFARANO, Italo M. (dir.), *Friedrich Spee. Dichter, Theologe und Bekämpfer der Hexenprozesse*.

- FECHNER, Jörg U., "Friedrich Spee, poeta sacer et doctus. Zur geistlichen Dichtung in der Trutz-Nachtigall", en BATTAFARANO, Italo M. (dir.), *Friedrich Spee. Dichter, Theologe und Bekämpfer der Hexenprozesse*, Luigi Reverdito Editore, 1988, Trento.
- FEDERICI, Silvia, "La gran caza de brujas en Europa", en *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, Tinta limón, 2018, Buenos Aires, traducción de HENDEL, Verónica & TOUZA, Leopoldo S., 2º reimpresión.
- FETSCHER, Iring, "Ein Tafelbild", en SIEVERNICH, Michael, *Friedrich von Spee, Priester, Poet, Prophet, Knecht*, 1986, Frankfurt.
- FILORAMO, Giovanni, *La croce e il potere. I cristiani da martiri a persecutori*, Laterza, 2011, Bari.
- FISCHER, Balthazar, "Die Schöpfungsfrömmigkeit Friedrich Spees", en GUNTHER, Franz (dir.), *Friedrich Spee zum 400. Geburtstag, Kollokium der Friedrich-Spee-Gesellschaft Trier*, Bonifatius, 1995, Paderborn.
- FOA, Ana (trad.), *I processi contro le streghe (Cautio criminalis)*, Salerno Editrice, 2004, Roma.
- GALLO, Ermanno, *Il marchio della strega. Malleus maleficarum, il manuale dell'Inquisizione sulla caccia alle streghe e sue applicazioni*, Piemme, 2005, Casale Monferrato.
- GRASS, Günter, *Das Treffen in Telgte*, Luchterhand Literaturverlag, 1979, Darmstadt.
- GUNTHER, Franz, "Das Güldene Tugenbuch", en GUNTHER, Franz (dir.), *Friedrich Spee zum 400. Geburtstag, Kollokium der Friedrich-Spee-Gesellschaft Trier*, Bonifatius, 1995, Paderborn.
- , "Friedrich Spee und die Bücherzensur", en GUNTHER, Franz (dir.), *Friedrich Spee zum 400. Geburtstag, Kollokium der Friedrich-Spee-Gesellschaft Trier*, Bonifatius, 1995, Paderborn.
- HABERMAS, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, 1998, Madrid.
- HAHN, Alois, "Die Cautio Criminalis", en FRANZ, Gunther, *Friedrich Spee Dichter, Seelsorger, Bekämpfer des Hexenwahns. Zum 350. Todestag*, Spee-Verlag, 1985, Trier.
- HANSEN, Joseph, *Quellen und Untersuchungen der Geschichte der Hexenwahns und der Hexenverfolgung im Mittelalter*, universitäts-buchdruckerei und Verlag, 1901, Bonn.
- , "Aus dem sog. Canon episcopi (c. 900)" en HANSEN, Joseph, *Quellen und Untersuchungen der Geschichte der Hexenwahns und der He-*

- xenverfolgung im Mittelalter*, universitäts-buchsdruckerei und Verlag, 1901, Bonn.
- HARTMANN, Anne M., "Der Hexenwahn im Herzogtum und Kurfürstentum Bayern im 16. und 17. Jahrhundert", en SCHWAIGER Georg (dir.), *Teufelsglaube und Hexenprozesse*, Nikol, 2007, Hamburg.
- HAUPT, Antonie, *Hexe und Jesuit. Erzählung aus der Zeit des Dreißigjährigen Krieges*, Druck und Verlag der Paulinus-Druckerei, 1893, Trier.
- HEINZ, Finger, "Das Rheinland zu Lebzeiten Friedrich Spees", en HEINZ, Finger, *Friedrich Spee und das nördische Rheinland: eine Ausstellung der Universitäts- und Landesbibliothek Düsseldorf*, Universitäts- und Landesbibliothek Düsseldorf, 2000, Düsseldorf.
- HEINZ, Andreas, en FRANZ, Gunther, *Friedrich Spee Dichter, Seelsorger, Bekämpfer des Hexenwahns. Zum 350. Todestag*, Spee-Verlag, 1985, Trier.
- HELLYER, Marcus (trad.), *Cautio Criminalis, or a Book on Witch Trials*, University Press of Virginia, 2003, Charlottesville.
- HUCH, Ricarda, *Der große Krieg in Deutschland*, Roman, 1980, Frankfurt.
- JACOBSON, Eric, *Die Metamorphosen der Liebe und Friedirch Spees Trutznachtigall*, I kommission hos Munksgaard, 1954, Copenhagen.
- JEROUSCHEK, Günter, "Friedrich Spee als Justizkritiker. Die Cautio Criminalis im Lichte des gemeinen Strafrechts der frühen Neuzeit" en GUNTHER, Franz (dir.), *Friedrich Spee zum 400. Geburtstag, Kolloquium der Friedrich-Spee-Gesellschaft Trier*, 1995, Bonifatius, Paderborn.
- , "Vom Schadenzauber zum Teufelpakt. Friedrich. Spees Kampfschrift gegen ein Gesinnungsstrafrecht. Überlegungen zur Herausbildung von Hexereidelikt und Hexenprozeß aus rechtshistorischer Perspektive", en BROCKMANN, Doris & EICHER, Peter (dir.), *Die politische Theologie Friedrich von Spees*, W. Fink Verlag, 1991, München.
- JILG, Waltraut, "'Hexe' und 'Hexerei' als kultur- und religionsgeschichtliches Phänomen", en SCHWAIGER, Georg (dir.), *Teufelsglaube und Hexenprozesse*, Nikol, 2007, Hamburg.
- JULII CLARI, Alexandrini, *Opera Omnia sive practica civilis atque criminalis*, 1614, Venecia.
- KAIRYS, David, *The Politics of Law*, Pantheon, 1990, Nueva York.
- KELLER, Karl, *Friedrich Spee von Langenfeld. Seelsorger, Dichter, Humanist*, Butzon & Bercker, 1968, Kevelaer.

- KRESING, Bruno, "Ein Mann von immenser Spannweite des Wirkens", en *Friedrich Spee von Langenfeld Jesuit Wissenschaftler Dichter Menschenrechtler*, Bonifatius, 1991, Paderborn.
- KÜPPERS, Kurt, "Trutz-Nachtigal", en SIEVERNICH, Michael, *Friedrich von Spee, Priester, Poet, Prophet*, Knecht, 1986, Frankfurt.
- LE GOFF, Jacques, "Os intelectuais na Idade Média" en *Revista Brasileira de História de Educação*, vol. 5, núm. 1, enero-junio, 2005, pp. 263-269.
- LEVACK, Brian P., *La caccia alle streghe in Europa*, Laterza, 2004.
- LIECKFELD, Claus P., *Anwalt der Hexen*, Veda, 2011, München.
- LOHMEYER, Wolfgang, *Die Hexe / Der Hexenanwalt / Das Kölner Tribunal*, 1976, 1979 y 1981, München, Trilogía.
- LOICINGER, Alexander, "Friedrich von Spee und seine 'Cautio criminalis'", en SCHWAIGER, Georg (dir.), *Teufelsglaube und Hexenprozesse*, Nikol, 2007, Hamburg.
- LOMBROSO, Cesare & FERRERO, Guglielmo, *La donna delinquente. La prostituta e la donna normale*, Bocca, 1915, Torino.
- MACKINNON, Catharine, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard, 1989, Cambridge.
- MALARINO, Ezequiel, "Estudio preliminar a Verri", en VERRI, Pietro, *Observaciones sobre la tortura*, Hammurabi, 2012, Buenos Aires.
- MARIGOLD, Walter G., "Beziehungen zwischen Friedrich von Spee und Johann Philipp von Schönborn", en BATTAFARANO, Italo M. (dir.), *Friedrich Spee. Dichter, Theologe und Bekämpfer der Hexenprozesse*, Luigi Reverdito Editore, 1988, Trento.
- MATTHEI, Antonio, *De criminibus ad lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarii Antonii Matththaei De confessione extorta*, 2º ed., 1661, Amsterdam.
- MAUREL, Olivier (trad.), *Allemagne 1631: un confesseur de sorcières parle: Cautio criminalis*, L'Harmattan, 2000, París.
- MERTES, Klaus, "Hexenverfolgung und Gottesbild, Zur Mystik Friedrich Spees", en SIEVERNICH, Michael, *Friedrich von Spee, Priester, Poet, Prophet*, Knecht, 1986, Frankfurt.
- MIESEN, Karl J., *Friedrich Spee, Pater, Dichter, Hexen-Anwalt*, Droste Verlag, 1987, Düsseldorf.
- MODRAS, Roland, "A Jesuit in the Crucible. Friedrich Spee and the Witchcraft Hyteria in Seventeenth-Century German", en *Studies in the Spirituality of Jesuits*, Vol. 35, Núm. 4, 2003.
- MOHR, Reiner, "Lieder von Friedrich von Spee in Bearbeitungen von Herr-

- mann Schröder. Zur Rezeption eines barocken Dichters in der Chorund Orgelmusik eines Komponisten des 20. Jahrhunderts", en *Kirchenmusikalisches Jahrbuch*, Vol. 95.
- MOLITOR, Ulrich, *De lamiis et pythonicis mulieribus*, 1489, capítulo X.
- MONTESERÍN, Miguel J., presentación de *El martillo de las brujas, para golpear a las brujas y sus herejías con poderosa maza*, Editorial Maxtor, 2004, Valladolid.
- MURARO, Rose M., *Breve Introdução histórica a O Martelo das feiticeiras, Malleus maleficarum*, Rosa Dos Tempos, 1991, Rio de Janeiro.
- NESNER, Hans J., "'Hexenbulle' (1484) und 'Hexenhammer' (1487)", en SCHWAIGER, Georg (dir.), *Teufelsglaube und Hexenprozesse*, Nikol, 2007, Hamburg.
- NIGG, Walter, *Friedrich von Spee. Ein Jesuit kämpft gegen den Hexenwahn*, Bonifatius, 1991, Paderborn.
- Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532* (Constitutio Criminalis Carolina), 1975, Stuttgart.
- PEREDA, Julián, *Covarrubias penalista*, Bosch, 1959, Bilbao.
- PROSPERI Adriano (dir.), *Dizionario Storico dell'Inquisizione*, Edizioni Della Normale, 2010, Pisa, Vol. I, con la colaboración de LAVENIA, Vincenzo, TEDESCHI, John, Scuola Normale Superiore.
- RAHNER, Karl, "Was hat Friedrich Spee uns heute sagen?", en SIEVERNICH, Michael, *Friedrich von Spee, Priester, Poet, Prophet*, Knecht, 1986, Frankfurt.
- REICHERT, Franz R., "Friedrich-Spee-Bibliographie", en ARENS, Anton (ed.), *Friedrich Spee im Licht der Wissenschaften*, Selbstverlag der Gesellschaft für Mittelrheinische Kirchengeschichte, 1984, Mainz.
- RITTER, Joachim-Friedrich, *Friedrich von Spee 1591-1635, Ein Edelmann, Mahner und Dichter*, Spee-Verlag, Alianza, 1977, Trier.
- ROBERTS, Edward A. & PASTOR, Bárbara, *Diccionario etimológico europeo de la lengua española*, 1997, Madrid.
- ROOB, Alexander, *Alquimia y mística*, Taschen, 2006, Bonn.
- ROSENFELD, Emmy, *Friedrich von Spee von Langenfeld. Eine Stimme in der Wüste*, Walter de Gruyter & Co., 1958, Berlín.
- ROST, Dietmar & MACHALKE, Joseph (eds.), *Spee, Friedrieich, Mein Herzt will ich dir schenken. Die schönsten Lieder von Friedrich Spee*, Verlag Bonifatius, 1985, Paderborn.
- RUPP, Walter, *Friedrich von Spee. Dichter und Kämpfer gegen den Hexenwahn*, Grünewald, 1986, Mainz.

- RÜTTENAUER, Isabella, *Friedrich von Spee. 1591-1635. Ein lebender Märtyrer*, Verlag Herder, 1951, Freiburg.
- SCHATZ, Klaus, "Friedrich Spees Kampf gegen den Hexenwahn", en SIEVERNICH, Michael, *Friedrich von Spee, Priester, Poet, Prophet, Knecht*, 1986, Frankfurt.
- , "Friedrich Spee und seine Zeit", en GUNTHER, Franz (dir.), *Friedrich Spee zum 400. Geburtstag, Kollokium der Friedrich-Spee-Gesellschaft Trier*, Bonifatius, 1995, Paderborn.
- SCHAUB, Gerhard, "Die Trutz-Nachtigall. Friedrich Spee: Volksdichter, Minnesänger, Naturlyriker oder poeta doctus?", en *Friedrich Spee Dichter, Seelsorger, Bekämpfer des Hexenwahns. Zum 350. Todestag*, Spee-Verlag, 1985, Trier.
- SCHIELER, Caspar E., *Magister Johannes Nider aus dem Ordem der Prediger-Brüder. Ein Beitrag zur Kirchengeschichte des fünfzehnten Jahrhunderts*, Nabu Press, 1885, Mainz.
- SCHILD, Wolfgang, *Justiz in alter Zeit, Band VI der Schriftenreihe des Mittelalterlichen Kriminalmuseums Rothenburg ob der Tauber*.
- SCHWARZBÖCK, Silvia, *Los monstruos más fríos*, Mardulce, 2017, Buenos Aires.
- SOLDAN, Wilhem G. & HEPPE, Heinrich, *Geschichte der Hexenprozesse, Neu bearbeitet und herausgegeben von Max Bauer*, Kommet, 1911, München, Tomo II.
- SONNENFELS, Joseph, *Über die Abschaffung der Tortur*, Orell, Gessner, Füesslin und Compagnie, 1775, Zürich.
- SONTAG, Susan, "Ante la tortura de los demás", en *Al mismo tiempo. Ensayos y conferencias*, Mondadori, 2007, Barcelona.
- SPEE, Friedrich, "Cautio criminalis seu de processibus contra sagas liber (...) Auctore incerto theologo romano", editio secunda, Johannes Gronaeus, Francfort, VAN OORSCHOT, Theo G. (ed), en *Spee, Friedrich, Sämtliche Schriften, historisch-kritische Aufgabe*, 1992, ed., Tomo III, con la colaboración de G. Franz, Tubinga y Basilea, A. Francke Verlag.
- , *Cautio Criminalis oder Rechtliches Bedenken wegen Hexenprozesse. Erste vollständige deutsche Übersetzung von Joachim-Friedrich Ritter*, 1939, Weimar, reimpresso por dtv-Bibliothek (6122), 5° ed., 1987, München.
- , *Cautio Criminalis*.
- , *Güldenenes Tugend-Buch. Auswahl, Bearbeitung und Einführung von Anton Arens, Christliche Meister 40*, 1991, Freiburg.

- SUDBRACK, Josef, "Mystik und Methode. Ganzheitliches Beten bei Friedrich Spee von Langenfeld", en SIEVERNICH, Michael, *Friedrich von Spee, Priester, Poet, Prophet, Knecht*, 1986, Frankfurt.
- THOMASIIUS, Cristian (trad.), *Herrn D. Christian Thomasii Königl. Preuss. Raths und Prof. Publ. in Halle Kurtze Lehr-Sätze von dem Laster der Zauberey /nach dem wahren Verstande des Lateinischen Exemplars ins Deutsche übersetzt von Johann Reichen*, Halle im Magdeburgischen, 1704.
- THOMASIIUS, Christian, *Über die Hexenprozesse*, Böhlau, 1967, Weimar, revisado y editado por LIEBERWIRTH, Rolf.
- TIRAQUEAU, André, *De legibus connubialis et juri maritali*, 1515.
- UWE WESEL, Wolf D., *Geschichte des Rechts in Europa*, Beck C. H., 2010, München.
- VALENTE, Michaela & WIER, Johann, *Agli albori della critica rationale dell'occulto e del demoniaco nell'Europa del Cinquecento*, Olschki, 2003, Firenze.
- VALENTE, Miciaela, *Bodin in Italia, la Demonomanie des sorciers e le vicende della sua traduzione*, Centro Editoriale Toscano, 1999, Firenze.
- VAN OORSCHOT, Theo G. M (ed.), *Friedrich Spee, Sämtliche Schriften, Historische kritische Ausgabe in vier Bänden*, 1968, 1985, 2005, Bern.
- , *Spee, Friedrich: Trutz-Nachtigall*, Reclams Universal-Bibliothek 2596/4, 1985, Stuttgart.
- , "Spee als Provokateur", GRUNEWALD, Eckhard, *Spee-Jahrbuch*, Paulinus, 1995, Trier.
- , "Zur Geistigen Biographie Spees", en BATTAFARANO, Italo M. (dir.), *Friedrich Spee. Dichter, Theologe und Bekämpfer der Hexenprozesse*, Luigi Reverdito Editore, 1988, Trento.
- VERDIGLIONE, Armando, *Il martello delle streghe*, Marsilio, 1977, Venecia.
- WEBER, Helmut, "Die Bedeutung des Gewissens bei Friedrich Spee in der Moralthologie seiner Zeit", en GUNTHER, Franz (dir.), *Friedrich Spee zum 400. Geburtstag, Kollokium der Friedrich-Spee-Gesellschaft Trier*, Bonifatius, 1995, Paderborn.
- , "Spee als Moralthologe", en GUNTHER, Franz (dir.), *Friedrich Spee zum 400. Geburtstag, Kollokium der Friedrich-Spee-Gesellschaft Trier*, Bonifatius, 1995, Paderborn.
- WELZEL, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, 1962, Göttingen.

ZAFFARONI, Raúl E., "*Cautio Criminalis*" (*cautela criminal*). *Estudio preliminar*, Ediar, 2017, Buenos Aires.

ZOPFS, Jan, "Unschuldvermutung und 'in dubio pro reo' in der *Cautio Criminalis*", en *Spee-Jahrbuch*, Paulinus, 2009, Trier.

ZWETSLOOT, Hugo, *Friedrich Spee und die Hexenprozesse. Die Stellung und Bedeutung der Cautio Criminalis in der Geschichte der Hexenverfolgungen*, Paulinus Verlag, 1954, Trier.

ENTREVISTAS

ENTREVISTA AL PROFESOR ROBERT ALEXY*

GUIDO LEONARDO CROXATTO**

I. INTRODUCCIÓN

Robert Alexy tenía un seminario los lunes sobre Kant, todos sabíamos que su recreo era un poco más largo que el de los demás profesores. Al principio todos los becarios y estudiantes, provenientes en su mayoría de América Latina, sobre todo de la Argentina, Chile y Perú, parecían comportarse como bajo una regla no escrita. Luego descubrí (me lo explicó su devota secretaria, Andrea Neisius, una tarde oscura de enero) que tenía un motivo: Alexy cruzaba en persona a ocuparse de su mujer, que estaba enferma y tenía limitaciones físicas. Alexy la cuidaba en persona. No delegaba ese cuidado en nadie más. Lo tomaba como lo que era: un deber ético. Y los deberes éticos no son delegables. Por ese motivo, su recreo duraba un poco más. Gran parte de su enseñanza práctica sobre la filosofía de Kant pasaba precisamente por su ejemplo directo como persona. Esta coherencia entre lo que se dice y se hace, entre lo que se predica y lo que se ve, resulta decisiva para la filosofía del Derecho y los derechos humanos. Para que los estudiantes de abogacía no pierdan, como diría Soler, "la fe en el Derecho", una fe que muchas veces parece estar herida o haberse perdido, en parte precisamente por la falta de coherencia ética que exhiben muchos

* Esta entrevista fue realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad Christian Albrecht de Kiel (CAU) en la ciudad de Kiel, Alemania, en marzo de 2019, en la oficina del Profesor Robert Alexy. La entrevista fue realizada y grabada íntegramente en alemán. La traducción al castellano fue realizada por el autor de esta. Recepción del original: 15/04/2019. Aceptación: 04/05/2019.

** Abogado (UBA), Licenciado en Filosofía (UBA), LLM (FU), Máster en Derecho Constitucional (Universidad Católica de Chile), Doctor en Derecho Público (FU). Director del Tribunal Experimental en Derechos Humanos (UNLA).

de nuestros profesores: la inadecuación entre lo que los profesores hacen y lo que los profesores dicen (entre lo que enseñan y lo que hacen), mina la confianza de los estudiantes y hace que pierdan interés en la disciplina. Recuperar esa coherencia ética es fundamental para recuperar el interés (hoy desdibujado) en la filosofía en general y en la filosofía del Derecho, en particular. La única manera de recuperar ese interés perdido parece ser la que aplica Alexy en la Universidad de Kiel: predicando no (solo) con los libros, sino con el ejemplo, porque el ejemplo personal es una fuente de inspiración más fuerte que los libros.¹ Porque los alumnos ven —vemos— cómo actúan nuestros profesores. Observamos minuciosamente el grado de coherencia que existe entre lo que nos dicen (sobre la ética, los derechos, la filosofía, la rectitud, la justicia) y lo que hacen. Cuando hay fisuras entre una cosa y la otra, la confianza en la filosofía se desvanece. De la desconfianza proviene el desinterés. Y del desinterés, el vaciamiento ético y moral.² El desencanto. Un Derecho cada vez más alejado de la filosofía, como el derecho contemporáneo, tecnocratizado e instrumental, con alumnos que repiten, es un derecho funcional: sin principios, sin valores, sin espíritu crítico, un derecho funcional “a cualquier Leviatán autoritario”, como resume no sin razón Gabriel Anitua.³ Esta degradación o riesgo jurídico-tecnocrático es lo que quiere contrarrestar de un modo no exento de problemas el llamado “no positivismo” de Alexy. El neoconstitucionalismo, hijo de la posguerra, quiere representar un regreso disimulado al Derecho Natural y a la dignidad innata del hombre, que cobra, como repiten los autores contemporáneos, “eficacia directa”. No “programática”, sino positiva. Una forma de retomar el humanismo desde el Derecho y desde la enseñanza de este. El humanismo es —fue— la filosofía de la Ilustración, contra la que actuó gran parte de la filosofía romántica, antimoderna y antiliberal. La filosofía alemana está fuertemente vinculada con el romanticismo y con la crítica antiilustrada, no igualitaria, empezando por grandes

1. Afirma el juez de la Corte Suprema, Dr. Horacio Rosatti, en una entrevista reciente: “Son las reglas, si uno no respeta las reglas, no puede pedir que el resto las respete. Si no hay ejemplaridad moral es muy difícil generar seguimiento de conductas. Uno acá tiene que dar el ejemplo, en la vida privada, que muchos dirán qué tiene que ver la vida privada y en la vida pública”. Programa de Radio “En el Barro y Clandestino”, Entrevista a Horacio Rosatti, Buenos Aires, 13 de abril 2019.

2. Hegel distingue ética y moral, tomamos esta distinción hegeliana.

3. ANITUA, *Historia de los pensamientos criminológicos*.

pensadores alemanes del siglo XX, como Heidegger. Heidegger nunca se desdijo de sus críticas antiliberales, de su desconfianza firme con la modernidad "abstracta" y la democracia liberal, expuesta en sus trabajos (cursos de invierno, apuntes de alumnos) sobre Nietzsche.⁴ Alemania no ha terminado de salir del todo de estos debates y laberintos. Acaso por eso, por la dificultad de reabrir tales debates, es que muchos grandes pensadores y filósofos alemanes dedicados a reflexionar el Estado y el Derecho Público, se han vuelto, como Böckenförde, Poscher o el propio Alexy, pensadores "analíticos". La filosofía analítica no tiene una gran tradición en Alemania: es la tradición más propia de la filosofía anglosajona. Una caracterización académica del triunfo cultural aliado. Una secuela de la posguerra. Pero detrás de esta "secuela" están aún abiertos los grandes debates de la filosofía alemana. Incluyendo los debates de la filosofía del Derecho, que no han obtenido aún respuesta. Y que incluso puede que nunca la obtengan en la "teoría", como incluso Alexy reconoce. Hay luchas que serán "eternas". No solo debates interminables (positivismo-iusnaturalismo), sino roles insustituibles: el rol de la política, como dirá Alexy en esta entrevista, es uno. El rol de la política (de la participación y el compromiso personal) no se puede sustituir ni subrogar en una democracia. Esto es: nada —tampoco el Derecho— puede dispensarnos del compromiso moral personal directo, con el propio Derecho, agregaría Nino.⁵ El Derecho no funciona solo.⁶

Llegué a Kiel con una beca corta del DAAD para realizar una estancia de investigación bajo la tutela de Alexy, recomendado por Jan Sieckmann, quien luego dirigiría mi doctorado en Alemania, centrado en la (evolución de la) idea de dignidad humana y los derechos humanos, analizando su teoría principalista y las críticas que la misma ha recibido de parte de autores alemanes como Jürgen Habermas y su discípulo, director de la Facultad

4. HEIDEGGER, *Nietzsche*.

5. NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*.

6. Como hubiera pretendido el primer positivismo "ideológico" (al decir de Bobbio) que pretendía o soñaba —para evitar el gran problema de la amplia interpretación de las leyes, que daría lugar a la arbitrariedad— con jueces "máquinas", absolutamente "neutrales", "técnicos", "objetivos" y "ciegos". Se presuponía, para esta aplicación "ciega", que el Derecho era, para dispensarse de todo aporte "humano", un sistema puramente articulado, consistente, complejo y coherente de normas puras, un sistema que contemplaba, en sus aspiraciones de totalidad, una solución para cualquier problema. La noción de sistema va de mano de la filosofía ilustrada y la codificación normativa. El "código" es el resultado de esta aspiración positiva. BOBBIO, *Teoría general del derecho*.

de Derecho de la Universidad de Frankfurt, el también penalista y filósofo Klaus Günther. Gran parte de mi trabajo junto a Alexy pasó por defender su visión de la ponderación de derechos tomados como principios o mandatos de optimización de las críticas recibidas en la doctrina alemana. Entendí que la visión de Alexy partía de un postulado realista y muy útil: el derecho en la acción sufre colisiones y los jueces deben tener herramientas concretas para resolverlas de un modo claro y transparente, "racional".⁷

La Razón juega un papel central en el pensamiento jurídico de Alexy. En Kant, la Razón, por otro lado, no está ligada al conocimiento (esa era una función del entendimiento, no de la razón). La razón está vinculada con lo regulativo: a la ley. Esta aclaración sencilla (la prueba de la Razón kantiana opera casi en términos jurisprudenciales, probatorios) es muy importante para entender la filosofía moral de Alexy, un kantiano asumido. Sin entender a Kant no se puede entender acabadamente la filosofía de Alexy.

Tal vez una pequeña anécdota académica resulte útil al lector un poco avezado en filosofía. Como doctorando de Alexy en Kiel, siempre que me veía trabajando en la sala de investigación del cuarto piso Hermann Kantorowicz, de la Facultad de Derecho de la CAU-Kiel, Alexy se acercaba y me preguntaba con un dejo de sorpresa y contrariedad (o perplejidad, diría Maimónides) "Croxatto, ¿los profesores de Filosofía del Derecho de la UBA han leído a Kant?" Esta pregunta no me la hizo Alexy solo una vez, sino varias. Se olvidaba que me lo había preguntado y me lo volvía a preguntar ocho o nueve meses más tarde, o incluso al año siguiente, en la misma sala, casi con las mismas palabras. Tal era su consternación, o duda. ¿Los profesores de Filosofía del Derecho (argentinos, o de la UBA, me preguntaba alternativamente) han leído a Kant? Estas dudas de Alexy no eran casuales: venían en rigor asociadas a las preguntas y sobre todo a las críticas que Alexy recibía cada vez que daba una conferencia o charla en la Facultad de Derecho de la UBA, de parte de colegas. Alexy entendía que, por el sentido de las críticas o preguntas, faltaba en ese espacio la (para él) imprescindible lectura de Kant. Mi respuesta a Alexy era sencilla: no. Porque muchos de los así llamados "filósofos del Derecho" argentinos ya no son filósofos, mal que se repite en otras latitudes (Alexy agrega en

7. Habermas aborda la teoría de la argumentación reelaborando la división tradicional: retórica, lógica y dialéctica. Alexy se centra solo en la argumentación lógica.

la entrevista: también en Alemania). Es una tradición que se ha perdido. Los abogados que enseñan "filosofía" son en su gran mayoría funcionarios judiciales, no profesores, y su formación "filosófica" se reduce (dado que tienen muy poco tiempo para dedicar a la filosofía) a una serie de *papers* "analíticos", y muy poco más. No se leen libros enteros de filosofía. No se leen "filósofos". No se lee a Kant.⁸ No se lee a Hegel. Se lee, con suerte, algunos *papers* de Nino (que fue quien introdujo esta cultura académica del "paper" en nuestra facultad, luego de haber pasado por Oxford y por Yale, condicionando a una generación de profesores argentinos, como Gargarella, Spector, Rosler, Pincione, Alegre, Rosenkrantz, entre otros).⁹ La excusa más escuchada es que se quiere hacer, en línea con Wittgenstein y el positivismo lógico (que nace en Austria, con el Círculo de Viena, como la escuela de Friedrich Von Hayek, de fuerte impacto en economía), "filosofía analítica", que en pos de traer claridad, (terminar con las veleidades filosóficas, que irían de la mano de las nada inocentes "veleidades políticas") termina en realidad muchas veces socavando el debate, cayendo en un círculo vicioso, heurístico, que termina por socavar o anular todo debate

8. Tan grande fue mi decepción personal con esta falta o carencia del programa de estudios de la Facultad de Derecho (UBA), que cuando terminé la carrera de Abogacía me anoté en la carrera de Filosofía de la UBA, en Puán, buscando consolidar la formación jurídica con un suelo teórico más consistente, que no había recibido, pero cuya falta es determinante para profundizar la crítica al (y la construcción del) Derecho. En la Facultad de Derecho hay poca "reflexión", poca "filosofía". Poco Kant. Este achatamiento de los debates no es casual, explica el perfil tecnocrático de los abogados que se están egresando, cuya formación humanista, en historia y filosofía, como advierte Marta Nussbaum, es cada vez más pobre. Esta degradación antihumanista explica su actuación luego como funcionarios judiciales, legislativos o en la burocracia del poder ejecutivo. Explica la falta de "humanidad" de nuestra burocracia. La falta de empatía de muchos de nuestros jueces y operadores. NUSSBAUM, *Sin fines de lucro. Por qué...*

9. La inmensa mayoría de esta generación de "filósofos del Derecho" argentino, discípulos "analíticos" de Carlos Nino, son profesores (decanos, rectores) de universidades privadas, muchos de ellos se han alejado de la universidad pública. Podría pensarse que la ambición anglosajona por volver más "eficiente" el debate (y más eficiente a la filosofía misma), terminó derivando en el concepto de universidades más "eficientes". Privadas. Donde se pensaría de un modo más "eficiente", más "claro". Más "apolítico". Más "neutral". Mencionamos estos detalles porque entendemos que no son incidentales, y ayudan a entender la progresión de pensamiento jurídico argentino. Como ayuda saber, por ejemplo, que Soler solía llevar en un bolsillo una copia del decreto ley que establecía la pena de muerte con aplicación retroactiva en el país, del cual fue autor y del que se sentía Soler muy orgulloso. Esto sucedía en la UBA.

de ideas o filosófico, socavando también todo debate político. El problema del “origen”, como afirma Rousseau —también Hegel— no es un problema que pueda ser abordado por la filosofía. Mucho menos por la filosofía “analítica”. La filosofía analítica no ha producido un solo debate novedoso.¹⁰ En pos de aportar claridad, ha terminado por minar la discusión filosófica. De hecho, el surgimiento de la filosofía analítica es paralelo al nacimiento de otra disciplina anglosajona, producto del “fin de la historia” (con la caída del Muro de Berlín), nace la “historia” de las ideas, de fuerte predicamento en Oxford.

Esta entrevista fue realizada en Kiel, en el despacho que aún conserva Alexy en la Universidad, junto a Stanley Paulson (secreto admirador de Carlos Nino, a quien dedica un libro, y asiduo visitante a la Elbphilharmonie de Hamburgo) en marzo de 2019. Le entregué como obsequio a Alexy una primera edición del libro *Los conjurados*, de Jorge Luis Borges, a quien Alexy había leído, y una moneda homenaje a Borges que había sacado el Banco Central de la República Argentina, con motivo de un aniversario de su nacimiento.

Pensar que Alexy es un pensador alemán frío y dedicado a la lógica puede inducir a equivocaciones. Es un ser humano que hace de la rectitud kantiana una norma de vida, y que enseña a sus estudiantes menos por lo que dicen sus libros que por lo que muestran —y enseñan— sus conductas. Su coherencia ética. Alexy vive o intenta vivir bajo el imperativo categórico. Intenta transmitir esa enseñanza tan poco formal, tan vinculada al ejemplo humano práctico y directo. Predicar con el ejemplo.

Apenas llegué, en mi primera visita a su seminario, Alexy entró con su traje color beige, una tarde oscura de invierno, se sentó en un costado de una mesa e hizo una pregunta a otro doctorando que estaba exponiendo (leyendo, como es costumbre) un trabajo, preguntó en alemán, de modo

10. Perry Anderson observa críticamente las propuestas analíticas de Wittgenstein. “Sin un fundamento analítico, no se puede hacer una buena filosofía”, afirma Alexy repetidamente en esta entrevista, cuando expresa su rechazo a pensadores como Rousseau o Hegel. Pero a su vez Alexy aclara que él adiciona a la filosofía analítica —marco necesario de cualquier debate útil, en términos de claridad lingüística— la teoría crítica, de fuerte tradición en Alemania. Habermas, con quien Alexy debate su principalismo, es acaso el último gran exponente de la teoría crítica de Frankfurt. El último exponente vivo. No es casual que Habermas como los grandes filósofos de aquel momento (Adorno, Horkheimer, Marcuse, Althusser, entre otros) discuta con referentes de diferentes campos, como el Derecho (Günther, Alexy), la historiografía (Nolte), la teoría política o la antropología social.

seco pero amable: "¿yo tendría que donar todo mi sueldo de profesor y comprar mi comida en el Aldi (supermercado de descuento en Alemania) donando el resto a los refugiados?". Esa pregunta directa, bien pragmática, poco "abstracta", poco teórica, muy real, la hizo Alexy a su alumno de doctorado alemán, que tardó en responder, acaso sorprendido de la duda tan poco "teórica", tan alejada de veleidades académicas, de nuestro profesor. Y creo que nunca respondió: no habría yo tampoco podido "responder" a esa pregunta de Alexy, tan directa, tan concreta, tan "informal", en esa sala de doctorado. No preguntó Alexy sobre libro alguno. No hizo preguntas evasivas, como suele hacer la filosofía de la Academia, tan encerrada en los textos y tan alejada sobre todo en Latinoamérica, de la realidad social, del entorno.¹¹ Ese es el tipo de formación humana y humanista a la que apunta Alexy: hacer teorías, pero teorías que sirvan inmediatamente a nuestra vida concreta, a nuestra conducta diaria. A la aplicación del Derecho. A caso por esta razón Alexy es un autor tan de moda en América Latina, en doctrina y en la jurisprudencia de nuestros tribunales. Porque su pensamiento sirve. Alexy busca además enfrentarnos rápidamente con dilemas morales, que todos tenemos. ¿Dónde está la línea que marca lo correcto en cada caso? ¿Hasta dónde debemos extender éticamente nuestro comportamiento? ¿Cómo se define y se percibe moralmente un deber? (algo que también preocupa a John Finnis, maestro de Andrés Rosler, titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA). ¿Qué debe hacer el Derecho ante cada injusticia? ¿Cómo redefinir la pobreza en términos de crimen? (como quiere Thomas Pogge, profesor en Alemania). Son muchas preguntas, preguntas que la filosofía del Derecho debe retomar y volverle

11. Pierre Sané, ex secretario general de Amnistía Internacional y director en la UNESCO, suele repetir que la humanista y comprometida Universidad de Columbia, célebre por sus posgrados en derechos humanos, está ubicada en el barrio de Harlem, un barrio de impronta afroamericana. Sin embargo, su compromiso real con Harlem es mínimo. Es más un símbolo académico que un compromiso efectivo. Es una imagen que no termina de convertirse en hechos reales de compromiso social con el entorno universitario. Los estudiantes de Columbia suelen provenir de todas partes del mundo y vivir en barrios más acomodados, viajando a Harlem a tomar clases. Sané pidió, en el marco de una visita a la Argentina en 2019 (al Congreso Nacional de Filosofía, siendo invitado de honor de la mesa de Filosofía de la Dignidad Humana, en la Universidad Nacional de Lanús), que las universidades públicas del conurbano no "sigan" el ejemplo de Columbia y pidió que el compromiso y la entrega a los problemas de los barrios del conurbano fuera real.

a hacer a los estudiantes.¹² Solo a través del compromiso salimos de la perplejidad (en la que quedó el doctorando ante la pregunta directa de Alexy, que "bajaba" a la tierra directa los abstractos dilemas de la filosofía).¹³

12. Kant y Hegel forman parte de una generación de filósofos o pensadores que intentaban pensar con sistematicidad y amplitud la realidad y la historia, también el conocimiento. Todos ellos dedicaron un capítulo de su pensamiento al Derecho. Hoy tampoco los grandes filósofos parecen comportarse o producir de esa manera. Por eso, los abogados han perdido también la orientación filosófica (además de la "Fe en el Derecho", como escribe Soler). Ya no hay grandes pensadores en el Derecho. El Derecho ha perdido a sus grandes "filósofos", en parte su "filosofía". Esto explica el auge de disciplinas alternativas a la filosofía (y técnicas) como Law and Economics, tan de moda. Son el corolario funcional (el análisis económico del Derecho), también en Alemania (antes célebre por su filosofía moral, política y del Derecho), de una victoria cultural aliada, tan próxima al pragmatismo y a la filosofía analítica. Antihegeliana. Son enfoques que replican en el pensamiento el supuesto "fin de la Historia". Por eso, el lugar de la filosofía (terminada) lo ocupan nuevas disciplinas anglosajonas (epicentro en Londres, Cambridge, Oxford, luego EE. UU.) como "historia" de las ideas. Como si las "ideas" fueran una cosa del pasado, y no ya del presente. La disciplina "historia" de las ideas surge precisamente con mucha fuerza a partir de la caída del Muro de Berlín. El fin de las ideas políticas, el fin de la filosofía, incluso del Derecho, ya que el neoconstitucionalismo les otorga eficacia directa a las constituciones [y a la dignidad humana], con lo cual no haría ya falta debatir en política, habríamos llegado a una suerte de acuerdo definitivo que iría de la mano del fin de la "historia". Por eso, muchos teóricos entienden que el neoconstitucionalismo, con la rigidez constitucional, con los "bloques pétreos" mina la soberanía política (en más de un sentido, interno e internacional) y la democracia, porque limita los alcances de la deliberación ciudadana, sustrayendo algunos temas de cualquier discusión (esferas indecidibles, en términos de Ferrajoli).

13. Me llamaba la atención cómo levantan la mano: con la palma para atrás. Luego entendí que hasta allí llegan las huellas del pasado: levantarla con la palma de frente como en cualquier otro país (como en cualquier aula argentina) tiene aquí oscuras reminiscencias: era el saludo al Führer, otro nombre que está casi prohibido decir en alemán. No se puede decir *Führer*, aunque uno no se refiera a Hitler: es una palabra prohibida, un sustantivo indecible, incorrecto, inapropiado, inmoral (también el verbo *führen* se evita, evitando la reminiscencia con el movimientismo nazi y fascista europeo). Estas cosas son las que uno aprende apenas comienza a estudiar alemán. Hay cosas —términos, verbos, palabras— que no se dicen. Que no se pueden mencionar siquiera en un aula. Tan grave y próximo es el pasado. Esto no quiere decir que también en Alemania haya desaparecido el riesgo de banalizar el horror: los guías turísticos de Berlín suelen iniciar los recorridos por Wannsee diciendo que el sitio tiene "una buena y una mala fama", como si el hecho de haber decidido allí el exterminio definitivo (la solución "final") de millones de seres humanos pudiera ser resumido o rebajado a una cuestión de mera "fama", de "mala fama", emparejando ese horror genocida (la Shoá) con la belleza de la naturaleza del lugar ("buena fama"). Aún hoy, pleno 2019, el sitio turístico de Berlín califica de tal manera Wannsee. "Wannsee buena y

Acaso Alexy comparta la visión antigua de la virtud, la visión aristotélica, preliberal, premoderna, de la felicidad: solo se es feliz siendo virtuoso. No habría otra manera de ser feliz.¹⁴ No muy alejado de la visión, que él denuesta, de la ética de Hegel, un pensador que no aprecia, pero cuya Filosofía del Derecho, casi enteramente manuscrita por un alumno de Berlín (sin cuyo esfuerzo nunca nos hubiera llegado), acaso aún tenga cosas que aportar a los estudiantes.¹⁵

Antes de hacerle las preguntas que siguen, le agradecí a Alexy por su paciencia todos estos años. Demoré mucho mi tesis de doctorado —acaso por la propia dificultad de escribir sobre derechos humanos en un país como Alemania, donde las huellas del horror siguen estando muy presentes—¹⁶ por cuestiones personales que siempre fueron comprendidas por Alexy. Precisamente su mayor enseñanza ha sido la coherencia ética, entre lo que los profesores (y los estudiantes) decimos y lo que los profesores (y los estudiantes) hacemos. Solo esta coherencia —recuperar esta coherencia muchas veces ausente o perdida— puede salvar a la filosofía ética o del Derecho.

II. ENTREVISTA

Antes de iniciar las preguntas, nos extendimos hablando sobre la crisis de la filosofía en general, como actividad y como disciplina, y de la filosofía del Derecho en particular, una disciplina que padece un corrimiento de los programas de estudio: cada vez menos estudiantes le dedican tiempo a las preguntas de la filosofía, que se empiezan a ver como una cuestión más de historia (de las ideas) que como elementos insoslayables de un debate presente. Alexy repitió que no es solo un problema en América Latina, esa falta de interés en filosofía de los estudiantes en general y de Derecho en particular es un problema también en Alemania. Esta falta de interés

mala fama”.

14. Benjamin Constant hace un análisis parecido referido a la idea de libertad. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*.

15. Los filósofos analíticos (con la excepción de Arthur Danto, dedicado a la filosofía estética) suelen mirar con desdén y sospecha a Hegel (a Fichte) y al idealismo. Alexy es un pensador analítico, que entiende que Hegel o Rousseau no hacen “buena filosofía”.

16. NANCY, *La representación prohibida. Seguido de La Shoah, un soplo*, p. 32.

expone el tipo de formación que los nuevos estudiantes de Derecho reciben: una formación técnica, deshumanizada, formal, sin fundamento. Una formación que deja en un segundo plano el conocimiento de historia o de filosofía, esto es, los fundamentos conceptuales y prácticos de las instituciones que les toca conocer y defender.

Guido L. Croxatto: —*¿Qué influencia tiene el realismo jurídico en su filosofía?*

Robert Alexy: —El realismo jurídico es un elemento esencial, rescata una parte importante, esencial, que es la dimensión fáctica del Derecho. Se dirige a la realidad social. En su forma originaria, fue formulado por Karl Olivecrona, discípulo de Hägerström, en su gran libro *Law as Fact*. Esta visión juega un rol en mi propia visión del Derecho, ya que la dimensión fáctica es preponderante en mis teorías. Sin embargo, no soy un realista jurídico. Es solo un elemento de mi teoría. Es un aspecto de mi visión, presente también en el positivismo no realista (Kelsen, Hart, de un lado) y del otro, incluyo la visión normativa, ideal o moral del Derecho, central en mis trabajos, que se debe compatibilizar con la primera.

Guido L. Croxatto: —*Radbruch dijo que el positivismo había dejado a los juristas alemanes "del todo indefensos ante leyes ostensiblemente injustas y crueles", ¿estás de acuerdo con esa afirmación de Radbruch? ¿Se puede endilgar la responsabilidad moral al positivismo jurídico por decisiones de las personas? ¿Tu "no positivismo" tiene que ver con esa impresión crítica de Radbruch en la posguerra? ¿Puede ser leído como una forma enfática de decirle "no" al positivismo, siguiendo la línea de Radbruch?*

Robert Alexy: —La tesis de Radbruch, que es sin dudas una tesis sobre causalidad o sobre razones, es demasiado general. A menudo se considera que no fue el positivismo el que dejó a los juristas alemanes tan indefensos, sino alguna forma de "no positivismo", como el nacionalsocialismo, que llevó adelante un no positivismo, que representaba y defendía una moral nacionalista. El asunto es complejo. Según mi visión, el mejor instrumento para el Derecho es una teoría "no positivista", que descansa o se base en una teoría racional de la Moral y de la Justicia.

Guido L. Croxatto: —*¿Qué relación hay —o pensás que puede o debe haber— entre la Política y el Derecho, en un país con el pasado que*

tiene Alemania?

Robert Alexy: —La política tiene en una democracia un rol central y sobresaliente, un rol que el Derecho no puede reemplazar. Es un peligro para un Estado, cuando existe una “sobreconstitucionalización”, pero es también un riesgo o peligro cuando existe una “infraconstitucionalización”. Es decir: cuando la política puede hacer todo lo que quiere. Por eso, la más grande y eterna tarea de la teoría de la democracia constitucional es encontrar el balance o relación adecuada entre la constitucionalización de un lado, y la democracia (libres decisiones democráticas) en procesos políticos, del otro. Es difícil encontrar tal equilibrio, pero no imposible. Se puede alcanzar.

Guido L. Croxatto: —*¿Cuál es la naturaleza de los derechos humanos? ¿Cuáles son sus características?*

Robert Alexy: —Los derechos humanos tienen cinco caracteres centrales. Son abstractos, formales, universales, morales y racionales. Recordemos que además de la universalidad y la autonomía, los derechos humanos se definen en términos de reflexividad, algo que Kant no definió, pero sin dudas debe orientar nuestro pensamiento y nuestra antropología, sobre todo cuando separamos estos derechos de los derechos de los androides o de los animales.¹⁷

Guido L. Croxatto: —*Me gustaría preguntarte sobre las objeciones de Habermas y Klaus Günther, discípulo del primero y director de la Facultad de Derecho de Frankfurt, a tus teorías. ¿No puede decirse que el énfasis de Habermas y Günther en la “coherencia” sin la ponderación termina descuidando el Derecho en la práctica? ¿La coherencia sin ponderación no conduce en rigor al idealismo, al derecho academicista cerrado sobre sí? ¿No puede decirse que la ponderación es el precio que pagamos a la hora de hacer realismo jurídico, Derecho en la práctica? ¿No puede concluirse que detrás de la objeción de Habermas a tu pensamiento se esconde el presupuesto de que los derechos de hecho no colisionan o la fantasía de que no debieran colisionar? De hecho, considero que las dos objeciones de Habermas a tu teoría, presentes en su libro *Faktizität und Geltung*,¹⁸ (a la irracionalidad o ries-*

17. Alexy entiende que la construcción de la dignidad en Kant es insuficiente, que debe ser complementada.

18. HABERMAS, *Facticidad y validez*.

gos de la ponderación y el peligro de concebir los derechos humanos como principios, lo que les restaría prioridad ontológica)¹⁹ esconden una suerte de idealismo académico. Por eso te consulté en la primera pregunta sobre el realismo jurídico: porque en el centro de tus teorías está la aplicación del Derecho. Porque considero que lo importante es cómo los derechos humanos son defendidos en la práctica, y no solo cómo los defendemos en las teorías. Por eso te pregunto otra vez si la crítica de Habermas no parte de la base de que los derechos humanos sencillamente no colisionan... aunque solo en el mundo académico se podría sostener una tesis tan idealista... pero no en la praxis. ¿Estás de acuerdo?

Robert Alexy: —Sí, claro que estoy de acuerdo. Por otro lado, cuando uno solo se atiene al criterio de la coherencia, se atiene a un criterio que sencillamente no es ningún criterio. Porque el criterio de la coherencia que defiende Günther no encierra ningún criterio sustancial. Quien lanza una sola mirada a la realidad social, puede rápidamente advertir que los derechos humanos colisionan entre sí continuamente. Por ejemplo: el derecho al respeto de la personalidad en internet, en Facebook (*Persönlichkeitsschutz*), y el derecho a expresar libremente una opinión (*Meinungsfreiheit*). Tenemos aquí un conflicto permanente. Y quien dice que los derechos humanos y fundamentales no colisionan,

19. Habermas advierte que con el principalismo de autores como Alexy se termina barriendo un "muro cortafuegos", porque se entra en un terreno peligroso: la "ponderación" judicial de derechos cuya estricta prioridad se vería, en la lectura de Habermas, amenazada. El principalismo minaría, cree Habermas, la naturaleza misma de los derechos fundamentales, su "estricta prioridad". Habermas no comparte la distinción entre reglas y principios, corazón del principalismo. El juicio de proporcionalidad sería incompatible a la hora de ponderar valores como la dignidad humana, que no admitiría, cree Habermas, "ponderación" alguna, es (debiera ser) universal siempre. El Estado no debería nunca tener que "ponderar" entre respetar la dignidad de una persona y respetar la dignidad de otra. Y en última instancia, cree Habermas, a diferencia de Alexy, todos o casi todos los derechos reconocidos tienen un suelo en la dignidad, con lo cual, por extensión, los razonamientos aplicados y críticas en el primer caso, se extenderían al cuerpo de la teoría principalista misma, que abriría una puerta incompatible con los derechos fundamentales, imponderables, según Habermas. Alexy concede en cierto punto esta crítica de Habermas, cuando afirma que él también defiende una suerte de "ética precaria". Esto es: de "precario" límite a la ponderación, cuestionada por Habermas. Véase ATIENZA RODRIGUEZ, Entrevista a Robert Alexy. Esta aclaración de Alexy (compatible con su "no positivismo") expone sin embargo su teoría discursiva a una contradicción a la honra de pensar los alcances de la ponderación.

sencillamente pierde de vista lo social. Por eso nuestra tarea consiste en identificar las colisiones y conflictos, y con métodos racionales, desarrollar soluciones. Eso es la ponderación (*Abwägung*). Pero contra la ponderación se pronuncian tanto Habermas como Günther. Günther prefiere el criterio de la adecuación (*Angemessenheit*), que a su vez tampoco es un criterio práctico, apenas ideal. Y Habermas cuestiona la ponderación por irracional, algo que hoy puede demostrarse falso, ya que ponderamos racionalmente.²⁰

Guido L. Croxatto: —*Marc Galanter sostiene que la aspiración de justicia se ha ido perdiendo en las facultades de derecho, que el Derecho se ha tornado un sistema muy burocrático y formal, que habla un lenguaje cada vez más alejado e incomprensible para el hombre común e incluso para el estudiante. ¿Compartís esta crítica? ¿Se puede volver a entusiasmar a los estudiantes de abogacía? ¿Compartís la idea de que el Derecho o las facultades de abogacía se han alejado demasiado de la aspiración de justicia?*

Robert Alexy: —Ahora voy a hablar sobre Alemania. Aquí, no es el caso. No es el caso porque entre nosotros tiene un gran efecto la jurisprudencia y la Constitución, así como la jurisprudencia de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y cada sistema particular tiene un basamento en derechos humanos. Claro que hay muchas complicaciones burocráticas en el derecho alemán, por ejemplo, en derecho tributario. Pero incluso allí juegan un rol preponderante los criterios de justicia, que hoy en día tienen un gran peso y son definidos a partir de los derechos humanos.

20. Solo en apariencia se trata de una falacia de afirmación del consecuente. Alexy explicita en sus trabajos lo que entiende por racionalidad en la ponderación: parámetros discutibles y jerarquizables que se pueden comparar entre sí, otorgando prioridades públicas en cada caso concreto (la metáfora de la balanza). Habermas entiende que esta forma de ponderar no es ajena a costumbres culturales, posiciones morales o recursos económicos, todos factores que en principio debieran no hacer mella en la validez ontológica (como afirma Habermas) de un derecho. Alexy, en cambio, entiende que, en un contexto de escasez y colisiones constantes de derechos, los jueces están obligados a brindar alguna respuesta y la ponderación tiene la ventaja de aportar un método comprensible y claro de hacer valer derechos que colisionan, trayendo un orden posible y justificable. Sería mejor que no colisionaran, pero la realidad jurídica demuestra que las colisiones existen y son muy habituales. Por eso la jurisprudencia desarrolla métodos para afrontarlas. La ponderación es uno.

Estos derechos están siempre detrás de cada decisión y pueden en todo momento convertirse en criterios decisivos para alcanzar una decisión. Y eso lo aprenden los estudiantes en Alemania.

Guido L. Croxatto: —*¿No hay contradicciones muy graves en nuestras democracias, como por ejemplo defender el derecho de salida en abstracto como piso de tolerancia entre culturas y Estados, y luego cerrar las puertas a la migración en un mundo supuestamente "globalizado"? ¿Importan más las mercancías que las personas? ¿Cómo deberían comportarse las democracias de Europa frente a la migración masiva y las miles de muertes de familias enteras que se ahogan en el mar Mediterráneo? ¿Tiene sentido seguir hablando, incluso dentro de la Unión Europea, de libertad de circulación? ¿Tiene sentido seguir hablando de los derechos humanos como derechos universales, formales y abstractos, como vos mismo decías hace un momento, y luego denegar el derecho a las personas que migran hacia Europa, por no ser ciudadanos? Sobre todo, cuando hablamos de multiculturalismo. ¡Incluso Merkel dijo "Der Ansatz für Multikulti ist gescheitert, absolut gescheitert"! (El multiculturalismo ha fracasado absolutamente). Pero la tolerancia entre culturas depende en parte precisamente de ese derecho de salida que tendrían las personas para poder migrar hacia otros países. Pero luego esos países, esas democracias avanzadas, (Alemania no sería el caso en este momento), cierran sus puertas, y devuelven —deportan— a las personas a sus países, en vez de tratarlas como personas con derechos humanos "universales" y "abstractos". ¿No es una contradicción?*

Robert Alexy: —Existe, sin dudas, un conflicto entre derechos de ambos lados. Y probablemente también un conflicto vinculado a bienes colectivos, de parte de los Estados europeos. Como en muchos otros conflictos, existen tres alternativas. Dos radicales y una racional. La primera solución radical es construir un muro, como quiere Trump. Prohibir toda inmigración. Esto no funciona. Es falso.²¹ Allí estaríamos abordando el problema tratando los derechos en juego no como principios, sino como reglas duras. La otra alternativa radical sería que, en todo momento, cualquiera, desde cualquier parte del mundo, pudiera venir. Esto también va muy le-

21. En este pasaje de la entrevista Alexy dice "*es ist falsch*", reproduzco literal su expresión, por compleja que parezca, porque ayuda a entender mucho de su visión epistemológica del Derecho y la Moral, de su visión de la Razón en el Derecho.

jos. Lo que puede hacerse es determinar la cantidad concreta de personas que potencialmente podrían migrar a un país. Y ponderar los indicadores de miseria²² de cada país. Sin embargo, esto tampoco puede funcionar, no puede ser correcto. Así que llegamos a mi solución preferida, que en todos estos años que me he dedicado a reflexionar el Derecho me ha aportado soluciones reales, la idea de la "*Verhältnismäßigkeitsprüfung Prüfung*" (principio de proporcionalidad), que encierra y depende de una ponderación práctica. Estos conceptos sirven en situaciones concretas, que se analizan en detalle. Se analiza cada caso concreto. En términos abstractos, no puedo decir nada más.

Guido L. Croxatto: —*La migración es un gran desafío para la democracia también en América Latina. La migración y la integración son dos caras de una misma moneda. Incluso Merkel dijo aquella frase en 2010, en medio del "Debate sobre la Integración", antes de que Cameron, primer ministro inglés, dijera lo mismo. Luego Merkel ha virado en su posición.*

Robert Alexy: —Cuando hablamos de migración en Alemania, por lo general no encontramos ningún discurso jurídico razonable (Alexy emplea la palabra limpio o "sano", "*kein sauberes juristischen Diskurs*") sino propaganda política de ambos lados. Y eso no es bueno. No puede generar ninguna discusión razonable.

Guido L. Croxatto: —*Para terminar, quisiera preguntarte ¿cuál es la situación de la filosofía del Derecho en Alemania? En América Latina al menos, es una disciplina cada vez más marginal, a la que se le dedica cada vez menos espacio en los programas de estudio.*

Robert Alexy: —En Alemania sucede exactamente lo mismo. Y es un grave peligro. Los estudiantes tienen pocas horas de filosofía jurídica y pierden poco a poco el interés. Muchos contenidos filosóficos no conforman los exámenes que deben rendir al final de sus estudios (*juristische Staatsprüfung*, para ejercer como abogados), en consecuencia, le dedican poca atención. Es un error.

Un informe de un Comité académico de Hamburgo de 2014 ya resalta el retroceso de la filosofía en las aulas. Esto es particularmente serio para el Derecho, que debe reflexionar sus fundamentos y desarrollar sus metodologías. El Derecho no es estático. No puede prescindir de la reflexión filosófica permanente. Por desgracia, en Europa diría, no solo

22. "Elendsverhältnisse".

en Alemania, la filosofía está ausente de las aulas, está cada vez más arrinconada.

Guido L. Croxatto: —*Es sorprendente en un punto, dada la gran tradición que tiene Alemania en filosofía del Derecho y dogmática penal. Muchos venimos a estudiar a Alemania precisamente pensando en la rica tradición de debates filosóficos (Rechtsphilosophie, filosofía del Derecho y Strafrechtsphilosophie, un término que no tenemos en América Latina: filosofía del Derecho Penal) que existieron en Alemania, que nos han servido de guía o modelo, no siempre positivo, pero modelo al fin. La filosofía alemana es un interlocutor inevitable para quienes se dedican a la filosofía del Derecho y al Derecho Penal.*

Robert Alexy: —Es un riesgo, sin dudas, para nuestros estudiantes, desconocer las bases de la disciplina que estudian. Y es un riesgo para la democracia no tener estudiantes preparados para argumentar y reflexionar más allá de la repetición de las normas.²³

Guido L. Croxatto: —*Muchas gracias.*

BIBLIOGRAFÍA

ANITUA, Gabriel I., *Historia de los pensamientos criminológicos*, Del Puerto, 2005, Buenos Aires.

ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel, "Entrevista a Robert Alexy", en *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 24, 2001.

BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Eudeba, 1998, Buenos Aires.

23. La crisis del normativismo (en la posguerra) es una de las razones del retraimiento actual de la filosofía del Derecho, que había hecho de la teoría pura su principal estandarte científico. La constitucionalización positiva, por otro lado, de la dignidad como valor con eficacia directa, en el neoconstitucionalismo europeo, es una segunda forma de "arrancar" a la filosofía motivos para proseguir con sus especulaciones "abstractas". La idea del neoconstitucionalismo es arrancar a la filosofía política y a la política misma como actividad institucional de algunos de sus debates. Nuevos desarrollos constitucionales consolidan la dignidad universal como un valor que ya no se "debate" políticamente, ya no es "decidible" que alguien tenga o no tenga derechos (el derecho a la personalidad). Por eso muchos teóricos del mayoritarismo conciben al neoconstitucionalismo de posguerra como una "limitación" a la soberanía política, como un "límite" a la historia y sus desarrollos o cambios. En cierto sentido, el neoconstitucionalismo marcaría un "fin" de la Historia. No casualmente el mismo es paralelo a la caída del Muro de Berlín (1989).

- CONSTANT, Benjamin, "De la liberté des anciens comparée à celle des modernes", en *Écrits politiques*, Gallimard, 1997, París.
- GALANTER, Marc, *Lowering the Bar: Lawyer Jokes and Legal Culture*, Wisconsin University Press, 2005, Madison.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Trotta, 2010, Madrid.
- HEIDEGGER, Martin, *Nietzsche*, Ariel, 2013, Barcelona.
- NANCY, Jean-Luc, *La representación prohibida. Seguido de La Shoah, un soplo*, Amorrortu, 2006, Buenos Aires.
- NINO, Carlos S., *Introducción al Análisis del Derecho*, 2º ed., Astrea, 2000, Buenos Aires.
- NUSSBAUM, Marta, *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Katz, 2015, Buenos Aires.

ENTREVISTA AL PROFESOR THOMAS DUVE*

VALERIA VEGH WEIS**

Valeria Vegh Weis: —*Buenos días y muchas gracias por recibirme para realizar esta entrevista. ¿Podría contarnos cómo comenzó su carrera en ligazón con la historia del derecho?*

Thomas Duve: —Mi interés por la historia del derecho nació en el segundo año de mi carrera universitaria después de hacer un trabajo práctico en el que había que emplear algunos métodos de interpretación legal. Después leí por casualidad un libro sobre la justicia en la época nacionalsocialista en Alemania. Entonces me di cuenta de que estaban aplicando los mismos mecanismos de interpretación e incluso los mismos códigos que yo había usado en mi trabajo práctico, pero llegando a resultados escalofriantes. Con esto me di cuenta de que el derecho es una herramienta muy ambigua, poderosa en la defensa de los derechos

* Director del Instituto Max Planck de Historia del Derecho Europeo, Frankfurt am Maine, Alemania. Recepción del original: 13/02/2019. Aceptación: 01/03/2019.

** Valeria Vegh Weis es docente de Criminología y Justicia Transicional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y la Universidad Nacional de Quilmes en los niveles de grado y posgrado. Es investigadora asociada (Assoziierte Wissenschaftlerin) en el Instituto Max Planck de Historia del Derecho Europeo, Frankfurt am Maine, Alemania. Actualmente se encuentra asimismo desempeñándose como personal asociado en la Relatoría Memoria, Verdad y Justicia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Dra. Vegh Weis tiene quince años de experiencia en el Poder Judicial Nacional y de CABA y en organizaciones internacionales. Es Doctora y Especialista en Derecho Penal por la UBA y LL.M. en International Legal Studies por New York University Law School. Ha sido recientemente premiada con la Alexander von Humboldt Post-Doctoral Fellowship y, previamente, recibió otras prestigiosas becas incluyendo Fulbright y Global Hauser. La Dra. Vegh Weis ha publicado extensivamente en criminología, justicia transicional, derecho penal y salud mental en inglés y español. Su libro *Marxism and Criminology: A History of Criminal Selectivity* (BRILL 2017, Haymarket Books 2018) recibió los premios "Choice Award" por la American Library Association y "Outstanding Book Award" por la Academy of Criminal Justice Sciences.

humanos, pero también poderosa en su destrucción. Desde ese día, me interesé en entender por qué el derecho es como es. Para ser honesto, lo que me interesaba era la teoría del derecho, pero para entender la teoría empecé al leer sobre las circunstancias en las cuales los libros de los teóricos fueron escritos. Me parecía que no se podía entender la teoría sin la historia. De alguna forma, me quedé siempre en la historia o, mejor dicho, en la contextualización de la teoría. Y aquí estoy.

Valeria Vegg Weis: —¿Cómo siguió su trayectoria a partir de entonces?

Thomas Duve: —Después de recibirme en Múnich con mi primer examen estatal, como decimos en Alemania,¹ me di cuenta de que no quería empezar a trabajar como abogado o hacer los pasos necesarios para hacerlo enseguida. En vez de eso empecé a estudiar filosofía en una universidad jesuita en Múnich y, al mismo tiempo, trabajé en mi doctorado. Mi tema de disertación doctoral fue sobre cuestiones epistemológicas. Me dediqué al debate metodológico en las ciencias sociales, políticas y jurídicas alrededor del año 1900. Como estudiante de primer año de filosofía, fue una combinación muy feliz de aprender ya que me adentré en la historia de la filosofía y en materias básicas al mismo tiempo que pude escribir un doctorado en historia del derecho exponiendo la evolución de la metodología jurídica. Después de doctorarme, trabajé un tiempo como abogado, pero me di cuenta de que seguía leyendo sobre mi tema de doctorado, a pesar de haberlo ya terminado. Entonces, decidí volver a la universidad. Tuve la suerte de que el mismo profesor que me había guiado en mi doctorado aceptó ser mi tutor de la tesis de habilitación² y me dio muchísima libertad para elegir un tema y desarrollarlo. Pasé algunos años en Múnich trabajando en la Facultad de Derecho y luego tuve la suerte de trabajar en un grupo de investigación interdisciplinario junto con historiadores, licenciados en literatura y expertos de otras disciplinas en un tema ligado a la temprana Edad Moderna. Finalmente, mi tesis de habilitación fue fruto de este tiempo de trabajo. En esta tesis me dediqué a exponer una forma particular de organización del saber

1. A los efectos de poder ejercer el derecho en Alemania se deben aprobar dos exámenes estatales altamente competitivos luego de culminada la carrera universitaria.

2. La habilitación es una especie de segundo doctorado que se realiza en Alemania a los efectos de consolidarse en la carrera académica. Se trata de una segunda monografía de una temática diferente a la del doctorado.

jurídico, a saber, el privilegio o los derechos especiales en la temprana Edad Moderna. Como en este tiempo ya estaba en contacto con América Latina, me di cuenta de que hay una conexión importantísima entre la historia del derecho en Europa y en América Latina, especialmente a través del derecho canónico, la teología moral y sus distintas expresiones.

Valeria Vech Weis: —*¿Cuál/es fue/ron el/los libro/s, artículo/s o autor/es que más lo marcaron en el desarrollo de su carrera?*

Thomas Duve: —Buena pregunta. Primero me impactó la persona científica de mi tutor en Múnich, Peter Landau, porque en él encontré lo que siempre había aspirado encontrar y lo que es difícil de encontrar en el mundo universitario actual: un erudito con una pasión por el derecho, la justicia y la política. Esta pasión se expresaba no tanto en sus escritos, pero sí en su forma de avanzar su agenda de investigación. Luego tuve algunas lecturas que me impresionaron cuando entré en contacto con América Latina. Un libro importante en ese sentido fue la tesis de doctorado de Fernando de Trazegnies Granda, un historiador del derecho peruano que escribió sobre las ideas republicanas en el Perú decimonónico. Me impresionó porque fue el primer trabajo histórico-jurídico con el que tomé contacto y que empleaba ciertas ideas sociológicas a la vez que estaba escrito con un profundo conocimiento de fuentes históricas. Descubrí así una forma de hacer historia del derecho que no había conocido en Alemania. Después, en América Latina, fue muy importante para mí el encuentro con Victor Tau Anzoátegui, quien abrió nuevos horizontes en el estudio de la historia del derecho de la temprana edad moderna en América Latina. A través de América Latina, pude luego hacer lecturas de autores portugueses, italianos, españoles y así ello me llevó de vuelta a Europa.

Valeria Vech Weis: —*¿Cuáles son los aspectos de la historia del derecho que más lo atrapan?*

Thomas Duve: —Lo que más me interesa en el momento es tratar de entender las formas de producción del derecho. ¿A qué me refiero con esto? Por mucho tiempo la historia del derecho ha tratado de entender los resultados del proceso de producción del derecho mirando a la dogmática, a las ideas, a las instituciones. Esto es muy importante y entiendo la fascinación con esos objetos. Pero, al mismo tiempo, me parece especialmente interesante entender la forma en que fueron producidos estos resultados de la actividad intelectual. Creo que para entender la

transformación del derecho tendríamos que estudiar más las transformaciones de la producción del derecho y de todos los factores que inciden sobre esta producción. Como no se puede investigar estas cosas solamente en abstracto, hay que mirar a un cierto cuerpo de fuentes y tratar de tener un conocimiento especial sobre algún campo del saber en particular. Para ello elegí la teología moral, el derecho canónico y el derecho del siglo XVI y XVII en el mundo católico de la monarquía española. En ese campo, en el momento, estamos trabajando con varios grupos de estudio en diversos temas relacionados. En los últimos meses me ocupé especialmente de la llamada escuela de Salamanca.

Valeria Vekh Weis: —¿Cómo surgió la noción de “*global legal history*” (*historia global del derecho*)?

Thomas Duve: —Cuando llegué al Instituto Max Planck de Historia del Derecho Europeo en Frankfurt, con la agenda de estudiar las relaciones entre Europa y América Latina como un espacio integrado, me di cuenta que este interés se insertaba en el marco mayor de la historia global volcada hacia el derecho. De la evolución de los llamados *global studies* (estudios globales) en los últimos 30 años, entendí que se necesitaban ciertos de estos presupuestos para descentralizar nuestra historiografía e integrar los debates poscoloniales, los estudios culturales y otros saberes desarrollados en otras disciplinas a los efectos de entender mejor la historia del derecho. Mucho de esto se discute hoy día en el ámbito de la historia global, que lentamente está descubriendo también al derecho. Si bien hubo y hay una moda y una gran ola de estudios vinculados con la historia global, la historia jurídica en perspectiva global todavía se encuentra en sus inicios. Esta perspectiva tiene varias expresiones: hay trabajos programáticos, pero todavía no han sido publicados trabajos que realmente puedan reivindicar con total legitimidad el título de constituir una historiografía jurídica global.

Básicamente veo dos ventajas importantes que puede aportar la historiográfica jurídica global. Primero, nos permite una visión diferente de los fenómenos que hemos investigado. Segundo, nos advierte sobre algunos fenómenos nuevos, que no han sido objeto de nuestro interés hasta ahora, como por ejemplo la formación de normativas transnacionales. Es en este tópico donde más claramente se ve también que la historiografía jurídica global acompaña la actualidad de una forma compleja, tal como lo ha hecho la historia del derecho europeo. En esto reside, a mi modo de ver, tanto la riqueza y las

grandes oportunidades, como también el riesgo de esta corriente de estudios.

Valeria Vegg Weis: —*Respecto de otra noción acuñada por usted, "translation" (traducción cultural), ¿podría desarrollar brevemente como enriquece el estudio de las relaciones multilaterales en la historia del derecho?*

Thomas Duve: —Uno de los procesos más fascinantes que pueden observarse en el presente es la formación de órdenes normativos a nivel transnacional. Digo "fascinante" porque los nuevos medios de comunicación y la movilidad han contribuido a la emergencia de múltiples órdenes normativos, algunos directamente vinculados con los estados y otros desarrollados por actores no estatales. En todos estos casos, generalmente podemos observar una dialéctica entre la globalización, por un lado, y los procesos de localización, por el otro. Mirar a estos fenómenos de localización a partir de una perspectiva de traducción cultural nos ayuda a comprender lo complejo de este proceso. En principio, la perspectiva de traducción cultural nos permite una interpretación de los procesos de localización que toma en consideración todos los factores que inciden en este proceso. Por eso, el concepto de traducción cultural (*translation*, en inglés), está muy vinculado con el concepto de multinormatividad. Al fin y al cabo, cada proceso de traducción cultural de una normativa se lleva a cabo en un contexto concreto, en el que ciertas reglas de comportamiento, comprensión y otros factores influyen sobre la creación de sentido.

Valeria Vegg Weis: —*En su opinión, ¿en qué forma puede la historia del derecho ayudarnos a estudiar temas actuales?*

Thomas Duve: —Es un tema que ha sido discutido desde que existe la historiografía. Obviamente, el estatus de la experiencia del pasado dentro de la reflexión sobre el presente depende de la orientación epistemológica y metafísica. Un iusnaturalista, alguien influido por la fenomenología, un materialista o un idealista pueden tener opiniones muy diferentes sobre qué nos puede enseñar la historia. Muchas veces, los historiadores del derecho o los juristas que trabajan con ciertas ideas sobre el curso de la historia no hacen explícitas sus convicciones epistemológicas. Tal vez ni siquiera han reflexionado sobre estas. Son implícitas y por eso son tan poderosas.

Hablando más en concreto, creo que la historia del derecho puede cumplir varias funciones. Primero, puede hacernos entender la génesis de nuestro sistema actual. Nos puede hacer ver los contextos de origen, los

presupuestos, las esperanzas que los legisladores u otros creadores del derecho tenían en su momento. Nos da la posibilidad de preguntarnos si realmente siguen vigentes estos motivos, si hubo algún cambio en la función o en los contextos.

Segundo, existe un cierto potencial heurístico en una comparación histórica. Los sistemas jurídicos actuales son la consecuencia de procesos contingentes, es decir, podrían haber evolucionado de otra manera. Mirar otras experiencias del pasado nos permite advertir sobre opciones alternativas, sendas no tomadas, tal vez más interesantes en el mundo de hoy.

Tercero, la historiografía nos puede servir para mejor entender ciertas evoluciones de largo plazo, para ubicarnos dentro de un proceso evolutivo. Muchas veces, los juristas partimos de ciertos diagnósticos históricos sin realmente haber reflexionado sobre ellos. Hoy, por ejemplo, se habla mucho de profundos cambios en el sistema jurídico debido a la globalización y la revolución digital. ¿Es cierto esto? Para eso, se necesita historia.

Cuarto, la historiografía jurídica nos permite reflexionar sobre conceptos básicos de análisis del sistema jurídico. Para ese análisis nos podemos apoyar en un repertorio de experiencias jurídicas mucho más amplio que el jurista común. Podemos, si trabajamos bien, contribuir a la reflexión conceptual, tan importante para mantener el sistema jurídico actualizado.

Quinto, creo que, en el mundo globalizado, con la necesidad de comunicación entre culturas jurídicas diferentes, es muy importante que empecemos a comprender mejor otras culturas jurídicas. Tenemos que contarnos nuestras historias, entre argentinos y australianos, chilenos y chinos. Para conocernos, para no malentendernos, tenemos que comparar nuestras experiencias y esto significa contarnos historias.

Finalmente, sin que esto sea una lista exhaustiva sino más bien espontánea, creo que hay una necesidad enorme de mirar a las experiencias jurídicas del pasado también con fines didácticos o mejor dicho pedagógicos. Por ejemplo, en Alemania, tenemos que estudiar la historia del derecho del siglo XX, preguntándonos por el porqué del surgimiento del nacionalsocialismo. Tenemos que entender los mecanismos jurídicos, las prácticas jurídicas, los dispositivos que permitieron que el sistema jurídico no solo no ofreciera ninguna resistencia, sino que incluso facilitara el ascenso al poder de fuerzas

anticonstitucionales y las subsiguientes atrocidades que el pueblo alemán ha cometido.

De forma similar, tenemos que estudiar los logros culturales que existen. La abolición de la tortura, la formación de un sistema jurídico que nos permite tener seguridad jurídica, previsibilidad y un alto grado de justicia en muchos lugares del mundo es fruto de un continuo proceso de aprendizaje. Estamos en peligro de perder estas enseñanzas. La historiografía jurídica tiene que sumarse al proyecto de una nueva ilustración, tiene que ser una instancia de observación crítica de la evolución del sistema y una forjadora de memoria en relación con las buenas razones que tuvimos para establecer el sistema constitucional democrático actual.

Valeria Vekh Weis: —*¿Cuál cree, en su opinión, que son los desafíos de la historia del derecho en Latinoamérica en general y en Argentina en particular?*

Thomas Duve: —Creo que la historia jurídica en América Latina tiene un amplio campo de trabajo todavía poco explorado. Me impresiona que en algunos países hay un gran afán de entender mejor el funcionamiento y también el fracaso del sistema jurídico constitucional y democrático. Por eso tenemos que estudiar este funcionamiento a partir de experiencias históricas y combinándolo con reflexiones desde la teoría de la sociedad y del derecho. Creo que, en América Latina, con su experiencia histórica y su apertura hacia las ciencias sociales, existe una gran oportunidad para reflexionar sobre el fenómeno jurídico. Por otro lado, como en muchas partes del mundo, incluido mi propio país, haría falta una cierta modernización de la enseñanza, adaptándola a los nuevos cánones de conocimiento y alejándose de la vieja tradición de historias teleológicas y justificativas.

Valeria Vekh Weis: —*¿Qué consejo podría compartir para jóvenes investigadores interesados en la historia del derecho?*

Thomas Duve: —Es muy difícil dar un consejo porque siempre depende de la situación individual. En general, creo que es un muy buen momento porque debido a los modernos medios de comunicación hay muchísima información accesible. Hoy en día, no hace falta pasar horas esperando en la cola de las tiendas para fotocopiar apuntes. Internet ofrece muchísimo. Sin embargo, hay que seleccionar. Para realizar esa selección, se necesitan buenos guías, tanto libros como personas. Creo que lo más importante es sencillamente sentarse y leer, estudiar idio-

mas e ir a ponerse en contacto con buenos centros de estudio. Existen también programas de becas. Para personas inteligentes y con afán de estudiar siempre hay un camino.

Valeria Vegh Weis: —*¿Podría sugerirnos un artículo de su autoría para introducir a los estudiantes a su obra?*

Thomas Duve: —Lamentablemente no tengo –todavía– una obra introductoria. Creo que para tener una idea sobre las posibilidades que ofrece la historia jurídica hoy en día podría ser útil el leer un artículo sobre la historia del derecho global que está publicado en forma electrónica y es de libre acceso.³

Valeria Vegh Weis: —*¡Muchísimas gracias!*

3. DUVE, "Global Legal History: A Methodological Approach" en *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, URL <https://ssrn.com/abstract=2781104>, consultado 30/07/19.

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos al sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción —tres (3) en la presente edición— bajo seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Estos/as miembros se expiden a través de un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

La Secretaría de Redacción podrá decidir que los trabajos sean evaluados a través de un procedimiento de evaluación externa. En ese caso, serán asignados a miembros del Consejo Asesor —dos (2) en la presente edición— bajo seudónimo. Estos/as miembros se expiden también a través de un dictamen escrito en el que se indica su voto a favor o en contra de la publicación y fundamentos.

En ambos casos, de formarse el voto unánime de los/as dictaminantes a favor de la publicación de la asignación, esta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si todos los/as dictaminantes se expiden en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el/la autor/a recibe los votos fundamentados de los/as dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de los/as miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, recibiendo el/la autor/a una minuta transcribiendo los principales argumentos esgrimidos en el debate.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista —reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etc.— son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al mo-

mento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación física y digital. Todo escrito restante —es decir, no incluidos— es tenido por preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor así lo desea.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la Revista *Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión en papel como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.

¿CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*?

PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. El trabajo enviado deberá adoptar el siguiente orden de presentación:
 - a. Título del trabajo (en español)
 - b. Pseudónimo escogido por el/la autor/a (no debe permitir identificar al/a la autor/a)
 - c. Resumen del trabajo en español (250-500 palabras)
 - d. Palabras clave en español (al menos 5 palabras clave)
 - e. *Abstract* del trabajo en inglés (de ser posible; 250-500 palabras)
 - f. *Keywords* en inglés (de ser posible; al menos 5 keywords)
 - g. Cuerpo del trabajo (según la extensión determinada por el tipo de trabajo)
 - h. Bibliografía
2. En todos los casos, la fuente será Times New Roman, 12 pts., justificado, interlineado 1,5. La hoja será tamaño A4 (21 x 29,7 cm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm).
3. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección lye@derecho.uba.ar. Dentro de las veinticuatro horas se contestará con un acuse de recibo. Preferentemente, debe enviarse en formato .docx; pero también son admisibles formatos similares como .doc, .odt, .rtf. También debe enviarse una versión en .pdf, a fin de asegurar una versión correcta y consolidada.
4. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto —preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior— en fuente Times New Roman tamaño 12 pts., interlineado de 1,5 líneas. La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de 12.000 a 16.000 palabras en el caso de las lecciones y de 6.000 a 9.000 palabras para los ensayos.

5. Los trabajos deberán contar con fuentes que sustenten sus afirmaciones y deberá ser posible controlar la existencia y el contenido de estas fuentes.
6. El sistema es de notas al pie de página con bibliografía al final. Las notas al pie deben ser autosuficientes. No deberá emplearse ningún tipo de reenvío a notas anteriores con fórmulas como “ibíd.”, “op. cit.”, “ver cita” o similares.
7. Las notas al pie procurarán no exceder el renglón de extensión. En el caso de que los elementos título para la doctrina, identificación para las normas o nombre del caso para la jurisprudencia, sean de más de 6 palabras, se incorporará una versión resumida del elemento seguido por puntos suspensivos (...).
8. En las notas al pie se consignarán únicamente los datos requeridos para cada tipo de fuente. En caso de que se desee rastrear la fuente, la información completa estará disponible en la bibliografía.
9. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:

a. Libros.

En la bibliografía: APELLIDO, Nombre, *Título*, edición, editorial, año, ciudad, traducción, otros datos.

Ejemplo: VON JHERING, Caspar R., *La lucha por el derecho*, 1ª ed., Heliasta, 1974, Buenos Aires, traducción de GONZÁLEZ POSADA, Adolfo.

En el cuerpo del trabajo: APELLIDO, *Título*, página.

Ejemplo: VON JHERING, *La lucha por el derecho*, p. 5.

b. Capítulos de libros

En la bibliografía: APELLIDO, Nombre, “Título”, en APELLIDO, Nombre, *Título*, edición, editorial, año, ciudad, traducción, otros datos.

Ejemplo: BALMACEDA, Mónica P., “Una visión histórica de la buena fe”, en GHERSI, Carlos A., *Principios generales del derecho*, 1ª ed., La Ley, 2013, Buenos Aires.

En el cuerpo del trabajo: APELLIDO, “Título”, página.

Ejemplo: BALMACEDA, “Una visión histórica de la buena fe”, p. 54.

c. Artículos de publicaciones periódicas

En la bibliografía: APELLIDO, Nombre, “Título”, en *Nombre revista*, periodicidad, otros datos, páginas.

Ejemplo: MARIANI DE VIDAL, Marina, “La ‘denuncia de daño temido’ a más de cuatro décadas vista”, en *Lecciones y Ensayos*, 2016, N° extraordinario “60 Aniversario”, pp. 301-305.

En el cuerpo del trabajo: APELLIDO, “Título”, página.

Ejemplo: MARIANI DE VIDAL, “La ‘denuncia de daño temido’...”, p. 304.

d. Derecho interno

En la bibliografía: Jurisdicción/Ente, “Nombre común”, identificación, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: República Argentina, “Ley de medios”, Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, 10/10/2009.

En el cuerpo del trabajo: Jurisdicción/Ente, “Nombre común”, artículo.

Ejemplo: República Argentina, “Ley de medios”, art. 5.

e. Derecho internacional: tratados

En la bibliografía: Nombre, fecha firma, lugar, entrada en vigor, norma de derecho interno, datos de UNTS, otros datos
Ejemplo: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, Viena, Austria, e.v. 27/01/1980, UNTS 1115:331.

En el cuerpo del trabajo: Nombre, fecha firma, artículo.

Ejemplo: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 46.

f. Derecho internacional: organismos internacionales

En la bibliografía: Órgano emisor, identificación, nombre, fecha, sesión, otros datos.

Ejemplo: Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/RES/67/97, El estado de derecho en los planos nacional e internacional, 14/12/2012.

En el cuerpo del trabajo: Órgano emisor, identificación, punto.
Ejemplo: AGNU, A/RES/67/97, pto. 1.

g. Jurisdicciones nacionales

En la bibliografía: Tribunal, “Nombre común”, “Nombre del caso”, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Bazterrica”, “Bazterrica Gustavo Mario s/Tenencia de Estupefacientes”, 29/08/1986, Fallos 308:1392.

En el cuerpo del trabajo: Tribunal, “nombre común”, considerando.

Ejemplo: CSJN, “Bazterrica”, considerando 8.

h. Jurisdicciones internacionales

En la bibliografía: Tribunal/órgano, “Nombre Común”, “Nombre del caso”, fecha, publicador, otros datos.

Ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Panchito López”, “Caso ‘Instituto de Reeducción del Menor’ Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 02/09/2004.

En el cuerpo del trabajo: Tribunal/órgano, “Nombre común”, considerando.

Ejemplo: Corte IDH, “Caso Panchito López”, considerando 25.

i. Material disponible *online*

En el caso de que el material esté disponible en internet, al final de la referencia según los párrafos precedentes, se puede incluir la siguiente información: Identificación, dominio [DOI/URL], consultado, fecha.

Ejemplos: PETERS, Anne, “Treaty Making Power”, en Wolfrum, Rudiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, Oxford University Press, URL <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/1aw9780199231690-e1494?rskkey=Nez%20miV&result=1&prd=OPIl>, consultado 10/09/2018.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, 15/02/2018, URL <https://www.cij.gov.ar/nota-29178-La-Corte-Suprema-llama-a-una-nuevaaudiencia-p-blica-por-la-contaminaci-n-del-Riachuelo.html> consultado 10/09/2018.

AUGENSTEIN, Daniel, “Paradise Lost: Sovereign State Interest, Global Resource Exploitation and the Politics of Human Rights”, en *European Journal of International Law*, Vol. 27, N° 3, 2016, pp. 669-691, DOI 10.1093/ejil/chw033, consultado 26/08/2018._

CÓMO PARTICIPAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*

Lecciones y Ensayos es una revista jurídica semestral dirigida por estudiantes dependiente del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue fundada en el año 1956 y desde entonces ha cumplido el papel de foro editorial de profesores y alumnos/as, sin más requisito que la excelencia académica.

La revista *Lecciones y Ensayos* se caracteriza por estar gestionada a partir de un diseño institucional basado en procedimientos democráticos de toma de decisiones que involucran a todos/as los/as miembros del Consejo de Redacción de la revista que una vez por semana se reúnen para deliberar en torno a las tareas editoriales. Nuestras principales actividades consisten en:

- Publicar artículos de docentes, investigadores/as y estudiantes de las ciencias jurídicas.
- Fomentar la investigación científica, la crítica, el debate abierto y horizontal.
- Permitir el desarrollo de actividades de extensión, como organización de conferencias, concursos, jornadas, encuentros, entre otros.
- Introducir a los/las estudiantes en el mundo de la investigación.

Si querés participar, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20. Tienen lugar en nuestra oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho.

También podés comunicarte con nosotros por teléfono (+54 11) 5287-6737 o enviándonos un e-mail a lye@derecho.uba.ar.

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno/a regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

