





LECCIONES  
Y  
ENSAYOS



FACULTAD DE DERECHO

Decana  
Dra. Mónica Pinto

Vicedecano  
Dr. Alberto J. Bueres

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora  
Mary Beloff

Subdirector  
Sebastián Picasso

Secretario  
Andrés Heim



## CONSEJO DE REDACCIÓN

### **Directores**

Mishkila Rojas  
Ezequiel Monti

### **Subdirector**

Lautaro Furfaro

### **Secretaría de Redacción**

Cecilia Marcela Hopp

### **Tutores**

Tomás Francisco Pomar  
Damian Radiminski  
Mariano Vitetta

### **Colaboradores**

Pablo Sebastián Carducci  
Sabrina Ayelén Cartabia  
Alejandro Ezequiel Coto  
Andrea Carolina Cruz  
Bárbara Magalí Gauna  
Milton Fellay  
Guillermo Ferraioli  
Leandro Ferreyra  
Brian Ezequiel Frenkel  
Carlos Adrián Garaventa  
Cecilia Gebruers  
Ernesto Gómez Zamacola  
Sebastián Axel Green Martínez  
Inés Herrera  
Marcos Kotlik  
Luisa Loeffel Reis  
Malena Maceira  
Soledad Manin  
Noelia Verónica Matalone  
Pablo Pejlatowicz  
Santiago Lucas Peña  
María Natalia Rezzonico  
Eduardo Rojas  
María Luz Silveira  
Ariel Soroco  
Julio Francisco Villarreal





2010	88
------	----

FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

# LECCIONES Y ENSAYOS

## CONSEJO ASESOR

María Laura Clérico  
Marcelo Raffin  
Aníbal A. D´Auría  
Atilio A. Alterini  
José Casás  
Mario Villar  
Sandra Negro  
Marisa Herrera

---

Todos los derechos reservados

Copyright by Departamento de Publicaciones  
Facultad de Derecho - UBA  
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.

I.S.S.N. 0024-0079

Ninguno de los artículos de esta obra puede ser reproducido o transmitido en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor.

Para la reproducción con fines académicos de los artículos de esta revista es necesario solicitar autorización al autor y al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA. Asimismo se debe hacer referencia a la fuente, volumen, número de página del artículo, año de publicación, lugar y editorial.

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) 4809-5668

## ÍNDICE

Editorial.....	13-14
----------------	-------

### LECCIONES

Bunge, Mario, <i>¿Existió el socialismo alguna vez, y tiene porvenir?</i> .....	17-41
Laborías, Alexis Rodrigo, <i>Implementación en la Argentina del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional</i> .....	43-81
Díaz Bardelli, Julián, <i>El derecho “supralegal” frente a graves violaciones de derechos humanos</i> .....	83-100
Oliveira, Felipe, <i>Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el Concepto de derecho en Robert Alexy</i> .....	101-135

### ENSAYOS

Sutelman, Andrés, <i>Elección del régimen patrimonial del matrimonio: ¿Un mal necesario?</i> .....	139-158
Garbe, Verónica Analía y Susel, Juan Pablo, <i>Subjetividad, Estructura y Sistema Penal</i> .....	159-174
Lamarre, Flavia, <i>Agentes encubiertos y criminalidad organizada: derecho y demagogia</i> .....	175-195
Victorero, Sabrina, <i>La publicidad, una herramienta fundamental en la lucha contra la corrupción</i> .....	197-216
Prieto, Federico H., <i>Juicio por jurados: la contribución del poder judicial al debate democrático</i> .....	217-229
Benente, Mauro, <i>“Fuera la corte suprema”. Breves notas sobre las protestas frente al máximo tribunal</i> .....	231-295

## TRADUCCIÓN Y AFINES

Murias, Sergio, <i>Los límites de la equivalencia: de cómo la lengua condiciona las operaciones de asimilación de conceptos jurídicos</i> .....	299-307
Barcia, Pedro Luis, <i>La traducción y los instrumentos panhispánicos académicos</i> .....	309-337

## ENTREVISTAS

<i>Entrevista a la Dra. Elena Highton de Nolasco</i> .....	341-367
--	---------

## MISCELÁNEAS

Carbajales, Juan José, <i>El día que D'Alessio se emocionó</i> .....	371-373
--	---------

## ¿LO SABÍA?

Las visitas íntimas de los homosexuales en D'Albora, Francisco J., <i>Código Procesal Penal de la Nación</i> .....	377-379
--	---------

<b>¿Cómo publicar y cómo participar en Lecciones y Ensayos?</b> .....	381-382
---	---------

## EDITORIAL

¿Qué deberíamos esperar nosotros de nosotros? Esa es, quizás, la pregunta política por excelencia. No, miento (mentimos), parcialmente al menos (si toda verdad es parcial, también lo es toda mentira –la invalidez de la inferencia me tiene sin cuidado–). Esa pregunta es, quizás, la pregunta por la justicia: es el hecho de que disintamos acerca de la respuesta lo que la convierte en un hecho político. La leve arruga en la comisura de los labios, gesto inequívoco de confusión, está, lector, justificada: “¿Por qué hablan ustedes de política, precisamente aquí, en esta revista, en este editorial, siendo quienes son y haciendo lo que hacen?”. Una respuesta hermética pero ineludible sería: “Somos jóvenes, señor; ¿de qué más quiere que hablemos?”. Otra, igual de hermética, igual de ineludible: “Estudiamos (¿hacemos?) derecho, señor; ¿sobre qué pretende que reflexionemos?”. Quizás respuestas de esta índole resulten (¿gratamente?) sorprendentes: la imagen que se ha construido de la juventud, en general, y de los estudiantes de derecho, en particular, las considera inadmisibles. Quizás, por supuesto, la imagen no sea sólo eso, quizás, sólo quizás, no esté desencaminada, pero –como todo generalización– abusa de la estadística. En cualquier caso, aquí estamos, y sí, señor, mi documento acredita mi edad, y sí, señor, este editorial comienza con la pregunta “¿qué deberíamos esperar nosotros de nosotros?”. Ésta es la pregunta que nos desvela, porque sí, además, nos desvela.

No se apresure, sin embargo. La razón por la que creemos que “política” debe ser la palabra con más instancias en este editorial no es que, a continuación, usted procederá a leer, una por una, nuestras convicciones acerca de lo que debemos esperar nosotros de nosotros. En ese caso, habríamos otorgado semejante privilegio a la “justicia”. Eso, seguramente, lo hubiera incomodado menos: derecho y justicia, el viejo diván del jurista, esa pareja cuyas desengaños amorosos aparecen una y otra vez comentados en revistas jurídicas, y una y otra vez desmentidos por algunos, divulgados

por otros; pareja cuyo estatus –distancia, amistad, noviazgo, matrimonio, divorcio, viudez– los filósofos del derecho se empeñan en dilucidar.

No nos interesan particularmente estas idas y venidas conyugales, no si se insiste en ocultar el sucio secreto, el tercero en discordia: la política; con triángulos amorosos suelen contarse mejores historias, puede disgustarnos, pero no podemos negarlo.

La razón de que confiáramos tan inútil privilegio a semejante palabra, señor, es, más bien, opuesta. Lo que usted está a punto de leer es todo menos *un* cuerpo de doctrina, todo menos *una* respuesta. Y por ello, señor, es político, porque asume las circunstancias en las que la pregunta por la justicia deviene un hecho político; se asume el disenso, y no como ese dato de la realidad que preferiríamos borrar de un soplo, sino como una paradójica maldita bendición. El derecho pretende responder la pregunta; en términos de justicia reflexionamos lúcidamente sobre su respuesta, la política, en el centro del huracán, respuestas por doquier, levemente solapadas, inmune-mente distanciadas.

Somos jóvenes, inexpertos, tumultuosos, ávidos, intrépidos, desubicados, jóvenes. Por alguna razón, por diversos motivos, hemos decidido hacer una revista en un espacio heredado, pero no por ellos menos propio. Y lo hacemos conjuntamente. Y no porque estemos de acuerdo en una respuesta sino porque, de algún modo u otro, arribamos a una misma pregunta: ¿cómo podríamos hacer derecho simplemente ignorando precisamente *esta circunstancia?*

# LECCIONES





## ¿EXISTIÓ EL SOCIALISMO ALGUNA VEZ, Y TIENE PORVENIR?

MARIO BUNGE\*

**Resumen:** En el presente trabajo, el autor propone analizar nuevas perspectivas del socialismo tras la reciente crisis económica mundial (2008-2009). El análisis parte de una definición general y luego aborda el desarrollo histórico, estudiando y detallando algunas versiones del socialismo. Dentro de esa evolución, se hace referencia a diversas cuestiones políticas, económicas y jurídicas que propiciaron el éxito y el fracaso de corrientes socialistas. En la parte final, se realiza un estudio de la actualidad del socialismo, especialmente de sus potencialidades y posibilidades respecto del grave contexto económico-financiero.

**Abstract:** With this article, the author tries to analyze new perspectives of socialism after the recent world economic crisis (2008-2009). Such analysis starts with a general definition and then the historical development is discussed, studying some versions of socialism. Within that evolution, the author mentions several political, economic, and legal matters which implied success or failure for socialist approaches. At the end, current socialism is treated, especially with regard to its potentialities and possibilities in connection with the serious economic and financial context.

**Palabras clave:** Socialismo - democracia - Estado benefactor - partidos socialistas - propiedad colectiva

\* Profesor del Departamento de Filosofía de McGill University, Montreal, Canadá; Doctor en Ciencias Físico-Matemáticas, Universidad de la Plata; Doctor Honoris Causa, Facultad de Derecho, UBA.

El trabajo de Mario Bunge ha sido la base de varias conferencias que dio el autor durante 2009. También ha sido publicado en España, en el número 55 de la Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción Comunal, dependiente del INAUICO (Instituto Intercultural para la Autogestión y la Acción Comunal).

**Keywords:** Socialism - democracy - welfare state - socialist parties - colective property

## I. CRISIS Y RENOVACIÓN

### 1. La crisis actual

En 1989 fue derribado el Muro de Berlín, que simbolizaba la moribunda dictadura comunista. Veinte años después, se desplomó Wall Street, cúpula y símbolo del capitalismo desenfrenado. Curiosamente, los sismógrafos socialistas no registraron ninguno de ambos terremotos. No aprovecharon 1989 para buscar los motivos del fracaso del llamado “socialismo realmente existente”, y casi todos ellos se sumaron al coro antisocialista. Los socialistas tampoco están aprovechando la crisis económica actual para averiguar si el fracaso del capitalismo es estructural o coyuntural: si el mal llamado “mercado libre” es reparable con un parche keynesiano, o si habrá que reemplazarlo por un sistema más racional, justo y sostenible.

¿A qué se debe el silencio de los socialistas en medio del estrépito de esos dos grandes derrumbes? ¿Habrán perdido los ideales? ¿Sólo les interesará la próxima elección? ¿Ya no se interesan por lo que ocurra fuera de sus fronteras nacionales? ¿O han perdido lo que Fernando VII llamaba “el funesto hábito de pensar”, ya porque han subido al poder y se han acostumbrado a administrar una sociedad capitalista con Estado benefactor, ya porque siguen en el llano y han perdido la esperanza de reformar la sociedad? No tengo respuestas a estas preguntas, las que exigen investigaciones empíricas que soy incapaz de emprender.

Por ser filósofo, me limitaré a describir y analizar los grandes rasgos de la familia de filosofías políticas que agrupamos bajo el rubro de “socialismo” y que, de hecho, van desde un liberalismo ilustrado hasta un igualitarismo autoritario (lo que, desde luego, es contradictorio y, por tanto, imposible). Espero que otros, más competentes que yo, documenten en detalle las ideas y las acciones de los socialistas de distintos pelajes. Concentraré la atención en lo que me parece esencial.

Mi intención no es historiográfica sino filosófica y política: me interesa destacar la gran variedad de la familia socialista, a fin de ver qué queda vigente de ella y qué habría que agregarle o quitarle a la tradición socialista para que pueda servir como alternativa al capitalismo en crisis.

## 2. Definición de “socialismo”

Adoptaré una definición de “socialismo” que creo congruente con todas las corrientes de izquierda. En una sociedad auténticamente socialista, los bienes y las cargas, los derechos y los deberes se distribuyen equitativamente. En otras palabras, el socialismo realiza el ideal de la justicia social.

Este ideal se justifica tanto ética como científicamente. En efecto, la igualdad social pone en práctica el principio de equidad o justicia; contribuye poderosamente a la cohesión social y es fisiológicamente beneficiosa, como lo sugieren experimentos recientes, que muestran que la exclusión causa estrés, el que a su vez debilita el sistema inmunitario al punto de enfermar o aun matar<sup>1</sup>.

Sin embargo, hay dos maneras de entender la justicia o igualdad social: literal y calificada, o mediocrática y meritocrática. La igualdad literal descarta el mérito, mientras que la calificada lo exalta sin conferirle privilegios. El socialismo que involucra la igualdad literal nivela por abajo: en él, como dijo Discépolo en su tango *Cambalache*, un burro es igual a un profesor. (Obviamente, el ilustre tanguista no se refería al socialismo, sino a la sociedad argentina de su tiempo.) Por el contrario, el socialismo que involucra la igualdad calificada es meritocrático: fomenta el que cada cual realice su potencial y, a la hora de asignar responsabilidades, da prioridad a la competencia.

El socialismo meritocrático practica la divisa propuesta por Louis Blanc en 1839: “A cada cual conforme a sus necesidades, y de cada cual según sus capacidades”<sup>2</sup>. Blanc llamó “proporcionalidad” a esta forma de igualitarismo calificado o meritocrático. Esa fórmula se complementa con la divisa de la Primera Internacional Socialista: “Ni deberes sin derechos, ni derechos sin deberes”.

En cualquiera de sus versiones, el igualitarismo implica la igualdad económica y, a su vez, ésta implica una limitación drástica de la propiedad privada de los medios de producción, intercambio y financiación. En otras palabras, el socialismo incluye la socialización de dichos medios.

Las diferencias entre las distintas formas de socialismo aparecen cuando se pregunta si el socialismo se limita a la esfera económica y cuando

<sup>1</sup> KEMENY, Margaret, *Psychobiological responses to social threat: Evolution of a psychological model*, en *Psychoneuroimmunology. Brain, Behavior, and Immunity*, 2009, pp. 1-9.

<sup>2</sup> BLANC, Louis, *L'organisation du travail*, Société de l'Industrie Fraternelle, París, 1839.

se pregunta en qué consiste la llamada “socialización”. El socialismo economicista se limita a la justicia social, mientras que el socialismo amplio abarca a todas las esferas sociales. También hay socialismo autoritario o desde arriba, y socialismo democrático o desde abajo.

Yo argüiré en favor de la socialización de todas las esferas. En otras palabras, romperé una lanza por lo que llamo “democracia integral”: ambiental, biológica, económica, política y cultural. Sostendré que la democracia parcial, aunque posible, no es plena, justa ni sostenible. En particular, la democracia política no puede ser plena mientras haya individuos que puedan comprar votos y puestos públicos; la democracia económica no es plena bajo una dictadura que imponga el gobierno sin consulta popular; la democracia cultural no es plena mientras el acceso a la cultura se limite a los privilegiados económicos o políticos; la democracia biológica no será plena mientras los hombres no compartan las tareas domésticas con sus mujeres; y la democracia ambiental no se cumplirá mientras haya empresas, ya sea privadas, cooperativas o estatales, que extraigan recursos naturales o los contaminen con toda libertad. En síntesis, el ideal sería combinar democracia con socialismo. Esta combinación podría llamarse “democracia socialista”, que debe distinguirse de la socialdemocracia o socialismo débil, que, de hecho, no es sino capitalismo con red de seguridad, también llamado socialismo estatal o de arriba.

En suma, tanto la democracia como el socialismo son totales o no son auténticos. La democracia socialista total sólo existió y subsiste en las tribus primitivas. La cuestión es saber si es posible construirla sin renunciar a la modernidad y, en particular, sin romper las máquinas ni abandonar la racionalidad. Pero antes de abordar este problema convendrá echar un vistazo a los socialismos del pasado y del presente. Para facilitar la lectura del lector apurado dividiré el pasado en dos períodos: anteayer y ayer.

## II. ANTEAYER: EMANCIPACIÓN Y DICTADURA

### 1. Los precursores: el socialismo utópico

El socialismo nació en los cerebros de algunos intelectuales del Renacimiento, en particular, Thomas More, el creador de *Utopía* (1516), y Tommaso Campanella, el autor de *La ciudad del sol* (1623). Es verdad que les precedieron Platón con su *República*, pero ésta imaginaba una sociedad

autoritaria, mientras que las sociedades imaginadas por More y Campanella eran libres e igualitarias.

De hecho, las utopías de More y Campanella se destacaron entre las centenares que se imaginaron cuando se difundieron nuevas sobre los pueblos “descubiertos” por los grandes exploradores y geógrafos europeos. Esas noticias sorprendentes, particularmente la referente a la propiedad común entre los llamados salvajes, desataron la imaginación social europea, hasta entonces limitada por la ignorancia de sociedades distintas y por el acatamiento a la autoridad feudal y eclesiástica.

Las utopías socialistas del Renacimiento y de los albores de la Edad Moderna no tuvieron impacto político. El primer político utopista parece haber sido Gracchus Babeuf, ejecutado en 1797 por participar en la Conjuración de los Iguales. Babeuf fue quizá el primer comunista totalitario: imaginó una sociedad sin propiedad privada, en la que la vida estaba rígidamente regimentada y a nadie se le permitía sobresalir, ni siquiera en conocimientos. Un siglo y medio después, el régimen genocida del Khmer Rouge, encabezado por Pol Pot y financiado por el gobierno de Ronald Reagan, pondría en práctica en Cambodia el programa de Babeuf, contribuyendo al descrédito del socialismo. En efecto, la principal consigna de este régimen bárbaro era “Cortar toda cabeza que sobresalga”.

Durante la primera mitad del siglo XIX, florecieron en Francia e Inglaterra los llamados socialistas utópicos. Friedrich Engels destacó en particular a Charles Fourier, Henri de Saint Simon y Robert Owen<sup>3</sup>. El falansterio, la utopía imaginada por Fourier, era una pequeña sociedad igualitaria en la que cada cual tenía su puesto fijo, con tareas predeterminadas: la de Fourier era una sociedad tan totalitaria como la sociedad teocrática a la que aspiraban los dirigentes de las religiones monoteístas y del hinduismo. Era lo que Popper llamó una sociedad cerrada: sin libertad y, por lo tanto, sin posibilidad de progresar, ya que las ideas originales nacen en cerebros privilegiados.

Fourier tuvo partidarios en toda Francia. Se reunían en pequeñas sociedades semiclandestinas vigiladas por la policía y se peleaban con otros grupos socialistas, tales como los cabetistas, icarianos, mutualistas y babeuvistas. En su novela *El paraíso en la otra esquina* (2003), Mario Vargas

<sup>3</sup> ENGELS, Frederick, *Socialism: Utopian and Scientific*, en Karl Marx y Frederick Engels, *Selected Works*. International Publishers, Nueva York, 1986.

Llosa narra las andanzas de Flora Tristán, su extraordinaria compatriota, entre esas sectas. También nos cuenta que el ingenuo Fourier publicaba anuncios en los periódicos, en los que invitaba a filántropos a visitarlo para tratar la modalidad de sus donaciones a su causa del socialismo desde arriba. Dicho sea de pasada, Vargas Llosa confunde el socialismo con la aspiración al paraíso, lugar donde nadie trabajaba. Lejos de pretender abolir el trabajo, los socialistas pretenden abolir la desocupación.

El revolucionario francés Henri de Saint Simon, el conde que renunció a su título de nobleza, no fue socialista sino el primer tecnócrata. En efecto, defendió la propiedad privada y se limitó a planear la organización del trabajo y la economía, por lo que tuvo discípulos como los empresarios Péreire, rivales de los Rothschild, y el ingeniero Ferdinand de Lesseps, famoso por diseñar el canal de Suez. Por esto extraña el que Engels lo haya tildado de socialista.

El caso de Robert Owen fue muy distinto: no fue un soñador o proyectista, sino un hombre de acción. Industrial textil exitoso, Owen reformó su fábrica en New Lanark y mejoró considerablemente las condiciones de trabajo; también fundó el primer jardín de infantes de Gran Bretaña. Probó así que la empresa capitalista puede dar utilidades sin explotar inicuaamente. Pero Owen no repartió su propiedad entre sus obreros ni los instó a que la administrasen ellos mismos: fue un gran reformador social, precursor del Estado benefactor (*welfare state*). No practicó el socialismo, aunque lo predicó con inteligencia y elocuencia.

En resumen, el orden social establecido no fue aceptado por todos, sino que fue criticado por ser inequitativo, y ello no sólo por los precursores del socialismo moderno, sino también por el primer apologista y teórico del capitalismo industrial. En efecto, en su libro fundacional y monumental, Adam Smith admitió que “la afluencia de los pocos supone la indigencia de los más”, y llegó a estimar que cada rico es sostenido por el trabajo de unos quinientos pobres<sup>4</sup>. En el siglo siguiente, John Stuart Mill, quien pasa por ser liberal, criticó el capitalismo por injusto y propuso el socialismo cooperativista y democrático<sup>5</sup>. Y, casi un siglo después, John Maynard Keynes, otro gran renovador de la teoría económica, deploró tanto la

<sup>4</sup> SMITH, Adam, *The Wealth of Nations*, University of Chicago Press, Chicago, 1976, p. 2, 232.

<sup>5</sup> MILL, John Stuart. *Principles of Political Economy*, en *Collected Works*, vol. 3. Toronto: University of Toronto Press, Londres: Routledge & Kegan Paul, 7ª ed, 1965.

desocupación como “la distribución arbitraria e inequitativa de la riqueza y de los ingresos”<sup>6</sup>.

Los casos de Smith, Mill y Keynes muestran que no es preciso ser socialista ni anarquista para advertir la injusticia inherente al capitalismo. Basta visitar las boutiques de la Quinta Avenida, donde, en plena crisis, venden trajes de vicuña a 45.000 dólares, para admitir que el capitalismo es un lujo que sólo los muy ricos pueden permitirse.

## 2. El cooperativismo

Al mismo tiempo que Fourier y otros utopistas diseñaban comunas, gentes prácticas organizaban cooperativas y sociedades de socorro mutuo. Las cooperativas son empresas poseídas y administradas por sus trabajadores. Las primeras cooperativas modernas emergieron en Inglaterra junto con los ferrocarriles y casi todas se dedicaron al comercio, al menudeo o al crédito para la adquisición de la vivienda propia. El movimiento cooperativista, dedicado a promover las cooperativas, nació en Rochdale, cerca de Manchester, en 1844. Sus principios, puestos al día en 1995, fueron adoptados por la Alianza Cooperativa Internacional, que agrupa a centenares de cooperativas de todo el mundo.

El cooperativismo es socialismo en acción. Pero esta acción está estrictamente limitada por el marco socio-económico-jurídico de la sociedad. Si la sociedad es capitalista, la cooperativa es poco más que un balde en un lago, ya que sólo afecta significativamente a sus miembros y sus familias y no puede competir con los sectores oligopolistas de la economía capitalista. En efecto, no hay cooperativas importantes en las industrias del petróleo, del acero, del armamento, de los vehículos, aerospacial, de los alimentos secos, de la cerveza, del tabaco y de la televisión. Suiza es el único país en que prosperan dos cadenas cooperativas de supermercados, y sólo Alemania, Francia y Canadá tienen grandes bancos cooperativos. Con todo, las trescientas mayores cooperativas del mundo tienen una cifra anual de ventas de más de un millón de millones ( $10^{12}$ ) de dólares<sup>7</sup>. Éste es el equivalente del PIB (valor añadido) del Canadá y algo más que el

<sup>6</sup> KEYNES, John Maynard, *The General Theory of Employment, Interest, And Money*, en *Collected Works*, vol. 2., Royal Economic Society, Cambridge, 1936, p. 372.

<sup>7</sup> CRONAN, Gary, *The World's Major Cooperatives and Mutual Business*, International Cooperatives Alliance, Ginebra, 2006.

“paquete de estímulo” al sector privado del gobierno del presidente Obama. (En rigor, no es correcto comparar cifra de venta con valor agregado o PIB, pero da una idea de tamaño.)

Además de esta limitación externa, está la auto-impuesta: es excepcional la cooperativa que produzca o circule bienes culturales, tales como libros, y no hay cooperativas que participen en política. Por estos motivos, el cooperativismo ha atraído a los socialistas del ala reformista o socialdemócratas.

Los socialistas revolucionarios, que aspiran a un cambio social total y súbito, han rechazado el cooperativismo por el mismo motivo. En particular, Marx y Engels creían que el cooperativismo, y en general el reformismo, no era sino una distracción en la marcha revolucionaria hacia el socialismo.

Cuando alcanzaron el poder, los socialistas autoritarios sometieron las cooperativas al control del Estado, lo que subvirtió el principio cooperativista de autogobierno. En efecto, los koljoses soviéticos fueron cooperativas sólo de nombre. Las cooperativas yugoslavas, auténticas y prósperas durante varios decenios, terminaron por ser manipuladas y arruinadas por los políticos de la clique nacionalista y autoritaria de Milosevich. Y los ejidos mexicanos tuvieron una historia parecida antes de ser privatizados por el gobierno de Carlos Salinas: algunos de ellos prosperaron mientras se gobernaron a sí mismos, pero otros fueron víctimas del partido gobernante o del banco fundado para ayudarlos<sup>8</sup>.

Dejaremos para el final la cuestión de si la cooperativa puede ser el embrión de la economía de una sociedad socialista. Nos limitaremos a dos antecedentes teóricos importantes y, sin embargo, olvidados: Louis Blanc y John Stuart Mill. En 1839, Louis Blanc, el historiador y militante socialista francés (aunque nacido en Madrid), publicó su libro *L'organisation du travail*, una defensa elocuente de la organización cooperativa de la producción. Este libro, impreso por una cooperativa, tuvo gran difusión y fue reeditado varias veces.

Blanc arguyó con gran claridad que, aun cuando los obreros de los “talleres sociales” (cooperativas de producción) trabajasen solamente siete horas diarias (o sea, la mitad de lo usual en esa época), los beneficios para sí mismos y para la sociedad serían inmensos, porque trabajarían

<sup>8</sup> RESTREPO, Iván, y ECKSTEIN, Salomón, *La agricultura colectiva en México: La Experiencia de La Laguna*, Fondo de Cultura Económica, 2a. ed, México DF, 1979.



con entusiasmo y planearían el trabajo para evitar el exceso de producción y la competencia ruinosa.

Nueve años después, e independientemente de Blanc, el economista y filósofo John Stuart Mill expresó su esperanza de que el régimen de la propiedad privada, al que consideraba injusto, fuese eventualmente reemplazado por un régimen de propiedad colectiva o cooperativa. Mill escribió eso en sus *Principles of Political Economy*, uno de los tratados de economía más respetados y difundidos de su tiempo<sup>9</sup>. (¡Qué diferencia con los panegiristas actuales del capitalismo sin trabas, quienes sostienen, sin pruebas, que la libertad de empresa genera riqueza universal!) Pero, mientras Blanc preconizó una economía planeada y sin competencia, Mill alabó el mercado y el librecombio, de modo que fue un precursor de lo que hoy se llama socialismo de mercado.

La empresa cooperativa es más que una invención social: es un ideal social y psicológico, el de construir una sociedad de socios. La cooperación en algunos aspectos es tan indispensable para formar y mantener sistemas sociales, desde la familia hasta la comunidad internacional, como la competencia lo es para lograr y sostener la autonomía individual. El altruista es premiado por la estima de sus conocidos, mientras que el egoísta es castigado con ostracismo. Y hay más: investigaciones recientes muestran que dar causa más placer que recibir y que la exclusión social puede dañar tanto a la salud como lo provocado por estímulos físicos<sup>10</sup>. El cooperativismo tiene, pues, sólidas bases sociológicas y psicobiológicas.

Ni los socialistas utópicos ni los cooperativistas se interesaron por la política. El gran movimiento democrático, que incorporó gradualmente a las masas desde la Revolución Francesa de 1789, les pasó de largo.

### III. AYER: DE LA OPOSICIÓN AL PODER

#### 1. Las dos internacionales socialistas

La Asociación Internacional de Trabajadores, fundada en 1864, estaba constituida por sindicatos y asociaciones socialistas y anarquistas de varios

<sup>9</sup> MILL, John Stuart, op. cit.

<sup>10</sup> LIEBERMAN, Matthew D., y EISENBERGER, Naomi I., *A pain by any other name*, en John T. Cacioppo, Penn S. Visser, y Cynthia L. Pickett, compiles., *Social Neuroscience*, Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 2006, pp. 167-188.

países europeos, en particular Alemania, Francia, Gran Bretaña, Bélgica, Italia y Suiza. Dió organización, llamada Primera Internacional, estuvo representada incluso en Argentina<sup>11</sup>. Llegó a agrupar entre 5 y 8 millones de socios, lo que es mucho para una asociación internacional recién nacida, y perseguida en muchos países.

La primera Internacional no logró hacer nada importante, y esto por dos motivos: porque se mantuvo al margen de la política y porque desde su nacimiento estuvo dividida en dos facciones irreconciliables. Éstas eran la socialista, encabezada por los intelectuales alemanes Marx y Lassalle, y la anarquista, dirigida por el revolucionario ruso Mijaíl Bakunin. La primera Internacional se disolvió voluntariamente en 1876.

Pero el socialismo se fue haciendo cada vez más popular, tanto en el movimiento sindical como en el campo político. Se organizaron partidos socialistas en muchos países. El más poderoso de ellos fue el partido socialista alemán. En su congreso fundacional de Gotha, celebrado en 1875, los delegados estaban divididos en dos facciones: la reformista o democrática, encabezada por el jurista alemán Ferdinand Lassalle, y la revolucionaria y autoritaria, inspirada por su compatriota, el famoso economista Karl Marx.

El Congreso de Gotha aprobó un programa inspirado por Lassalle y fue duramente criticado por Marx<sup>12</sup>. La principal crítica de Marx estaba dirigida a la democracia política: Marx defendió la “dictadura revolucionaria del proletariado”. Obviamente, no advirtió que donde hay dictadura no hay igualdad. Esta contradicción fue el pecado original del socialismo marxista, que una generación después inspiró a la facción bolchevique encabezada por Lenin.

Tampoco la facción democrática de Lassalle era inocente: su odio a la burguesía industrial le llevó a forjar una alianza más o menos tácita con la oligarquía terrateniente y su dirigente máximo, el conde Otto von Bismarck, apodado el Canciller de Hierro. Éste, asustado por la Comuna de París (1871), inspiró la ley que puso al socialismo fuera de la ley, pese a que sentía gran estima y simpatía por Lassalle. Curiosamente, esa alianza más o menos tácita de socialistas con conservadores, fundada en su hostilidad a la burguesía industrial, también se dio en Argentina.

<sup>11</sup> TARCUS, Horacio, *Marx en la Argentina*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.

<sup>12</sup> MARX, Karl, *Marginal notes to the programme of the German Workers' Party*, en Karl Marx y Frederick Engels, *Selected Works*, International Publishers, Nueva York, 1986.

## 2. La socialdemocracia mansa

Los partidos socialistas democráticos crecieron exponencialmente entre 1880 y la primera guerra mundial, especialmente en Alemania, Francia, Gran Bretaña, Bélgica e Italia. En todos estos países, los socialistas lograron fuertes representaciones parlamentarias y poseyeron edificios, periódicos y editoriales propios; además, contribuyeron a fundar y administrar cooperativas de consumo y de crédito. Se volvieron opositores leales al orden establecido.

Los parlamentarios socialistas propusieron un sinnúmero de leyes tendientes a mejorar la situación de las clases trabajadoras. Algunas de esas propuestas se convirtieron en leyes, siempre con el apoyo de parlamentarios de otros partidos. Es así como, poco a poco, se fue construyendo el Estado benefactor, o socialismo estatal.

Los grandes partidos socialistas de hace un siglo se gobernaban por oligarquías que se eternizaban en el poder. Tan es así, que el politólogo Robert Michels enunció su presunta “ley de hierro de la oligarquía” estudiando la organización del partido socialdemócrata alemán.

Esta respetabilidad de los partidos socialistas se consiguió renunciando tácitamente a ideales específicamente socialistas. Por ejemplo, la divisa del Partido Socialista Argentino a comienzos del siglo XX no era siquiera “Libertad, Igualdad, Fraternidad”, sino “El partido del sufragio universal”. Y en Italia se confió la dirección de *Avanti*, el diario del partido, a Benito Mussolini, un matón converso del anarquismo. Pero siempre hubo socialistas que arriesgaron su libertad y su vida por sus ideales. Baste recordar a Jean Jaurès, el líder del socialismo francés, asesinado por advertir contra el inminente peligro de la guerra que estalló meses después; a Karl Liebknecht, parlamentario asesinado por militar en la izquierda socialista; y a Giacomo Matteotti, el dirigente del socialismo italiano, asesinado por denunciar vehementemente la naciente dictadura fascista. Incluso Juan B. Justo, el fundador del socialismo argentino, recibió un balazo que lo dejó rengo.

Cuando estalló la primera guerra mundial, los socialistas europeos se vieron ante la disyuntiva patria/socialismo. La mayoría optó por la patria. Solamente los bolcheviques y unos pocos socialistas alemanes se pusieron a la guerra. La posición de los socialistas franceses y belgas era difícil, porque Francia y Bélgica habían sido agredidas por las potencias centrales y el socialismo no manda agachar la cabeza al agresor. En cambio, el apoyo

de los socialdemócratas alemanes y austriacos a sus respectivos gobiernos fue una claudicación.

Poco antes de terminar la primera guerra mundial, Max Weber, el eminente sociólogo liberal, viajó a Viena para hablar al Estado Mayor del ejército austro-húngaro<sup>13</sup>. Los militares querían saber si los socialdemócratas austriacos tenían alguna chance de subir al poder, y si había razón para temerlos. Aunque crítico del socialismo, Weber los tranquilizó: les aseguró que los socialdemócratas no pondrían en peligro el orden establecido. Los hechos le dieron la razón.

Al terminar la guerra, el partido socialdemócrata alemán fue invitado cortésmente a tomar el poder. Harold Laski, el gran teórico del laborismo británico, fustigó duramente a los dirigentes del partido socialista alemán de 1918<sup>14</sup>. Los acusó de haber concluido acuerdos secretos con las fuerzas del viejo orden y de dejar a los grandes magnates industriales al frente del poder económico. Además, persiguieron con saña a la izquierda de su propio partido, mientras perdonaron a los golpistas de la vieja derecha conservadora y militarista.

En resumen, entre 1918 y 1933, la socialdemocracia alemana canjeó el socialismo por el poder. Los comunistas reaccionaron acusándolos de “socialfascistas”, impidiendo así la formación de un frente común contra el fascismo. El gobierno francés encabezado por el socialista Léon Blum se negó a venderle armas al gobierno español acosado por el fascismo. Y los laboristas británicos enmudecieron. Las tres grandes alas de la izquierda europea rivalizaron así en estupidez. El único de los partidos socialistas que combatió al fascismo en forma consecuente fue el español.

#### IV. ¿FRACASO?

##### 1. El socialismo estatista y terrorista

En febrero de 1917, la autocracia zarista fue derrocada por una coalición encabezada por los socialdemócratas liderados por Alexandr Kerensky. A su vez, poco después este gobierno fue derrocado por los

<sup>13</sup> WEBER, Max, *Der Sozialismus*, en *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1988, pp. 492-518.

<sup>14</sup> LASKI, Harold J., *The State in Theory and Practice*, George Allen & Unwin, Londres, 1935, pp. 290-294.

bolcheviques. Muchos años después, Kerensky explicó el motivo de su fracaso: prosiguió la guerra, impopular con las potencias centrales, mientras que sus sucesores hicieron la paz por separado. En este punto Lenin y los suyos tuvieron razón desde el comienzo: la guerra mundial era un conflicto entre potencias imperialistas, y, por lo tanto, los socialistas debían oponerse a ella en lugar de apoyarla.

El régimen sedicente comunista duró de 1917 a 1991. Que yo sepa, aún no se ha hecho un balance objetivo de él. Es decir, conocemos sus fracasos y sus crímenes, pero la mayoría de los analistas políticos ocultan sus triunfos, lo que les impide entender la popularidad del régimen. Baste recordar los logros siguientes. Primero, el régimen soviético transformó una sociedad semifeudal en una de las mayores potencias industriales del mundo. Segundo, llevó la cultura moderna a las masas. Tercero, disminuyó las desigualdades de ingreso, al punto que su índice de Gini bajó a 0,25, que es el nivel actual en Dinamarca y Japón. Cuarto, el Ejército Rojo mereció la gratitud de todo el mundo por haber derrotado al ejército nazi. En resumen, la nación progresó enormemente bajo la dictadura comunista en casi todos los frentes. Esto es tan indudable, como el que, lejos de progresar políticamente, los ciudadanos de la nación más extensa del mundo cambiaron el collar zarista por un collar totalitario.

## 2. ¿Qué fracasó y por qué?

¿A qué se debió el súbito colapso del régimen comunista, acontecimiento que nadie había predicho? Creo que se debió a un gran número de causas, que señalé en mi libro *Las ciencias sociales en discusión*. Hubo causas externas e internas. La principal causa externa fue la Guerra Fría, que mermó considerablemente los recursos económicos de la URSS y desacreditó al gobierno.

En cuanto a las causas internas del colapso, aquí me limitaré a recordar las siguientes:

1. *Causas políticas*, tales como la dictadura, que enajena al pueblo, ya que todo el poder, lejos de socializarse, se concentró en la elite. Bajo una dictadura, la mayoría de los ciudadanos se vuelven temerosos e indiferentes a la suerte del bien común.
2. *Causas económicas*, tales como la concentración excesiva de la planificación y la dirección en manos de una burocracia tan indiferente

como tiránica e ignorante de los problemas locales, que sólo el conocimiento local puede resolver.

3. *Causas culturales*, tales como el aislamiento del resto del mundo y la ausencia de libertad de creación y crítica, así como el cinismo que reemplazó el entusiasmo inicial por los ideales socialistas.

En resumen, el régimen sedicente comunista falló por no ser auténticamente socialista: porque, lejos de socializar la economía, la política y la cultura, las estatizó y, a su vez, sometió el Estado a la dictadura del partido. Una vez más: no puede haber socialismo auténtico, o sea, igualdad, allí donde el poder económico, político y cultural están concentrados en manos de una pequeña minoría.

Las reformas instigadas por Mikhail Gorbachov fueron bien intencionadas, pero llegaron demasiado tarde y no fueron suficientemente radicales: el poder siguió estando en manos del partido y a nadie se le ocurrió esbozar un proyecto nacional de renovación, en todos los terrenos, que invitase a todos a participar en su ejecución. En particular, los medios de producción siguieron en manos del Estado en lugar de distribuirse en cooperativas; el Estado siguió identificado con el partido, y no se actualizó la ideología marxista-leninista; no se fomentó el estudio científico de los problemas sociales; y, sobre todo, no se promovió una amplia discusión, dentro y fuera del partido, de los valores sociales y de los medios para realizarlos: la perestroika vino de arriba, mientras que en el socialismo auténtico no hay arriba ni abajo excepto en materia de talento.

En resumen, no puede afirmarse que el socialismo fracasó, ya que nunca se lo ensayó, ni en el imperio soviético ni en ninguna otra parte. Lo que fracasó en la URSS fue el socialismo autoritario, esa imposible tentativa de imponer la igualdad a palos.

## V. HOY: ESTADO BENEFADOR Y ELECTORALISMO

### 1. Socialismo estatal, o capitalismo con red de seguridad

No hay duda de que las sociedades contemporáneas más avanzadas son aquéllas en que reina el llamado Estado benefactor, que combina el capitalismo y la democracia política con amplios servicios sociales prestados

por la maquinaria estatal<sup>15</sup>. Ejemplos: las naciones escandinavas, Holanda, Bélgica, Francia e Italia. Estos, junto con Japón, son los países con mayor índice de desarrollo humano, el que mide la calidad de vida de las personas: su bienestar económico, estado de salud, y nivel de conocimientos<sup>16</sup>. Este índice es preferible al producto bruto interno per cápita, aunque es criticable porque no involucra la igualdad ni la sostenibilidad, variables que se pueden incluir<sup>17</sup>.

Aunque este orden socioeconómico suele llamarse “socialista”, de hecho no lo es, porque no involucra la socialización de la riqueza. El nombre alternativo, “estado asistencial” o *welfare capitalism*, es más adecuado, ya que combina el capitalismo con la beneficencia. Otro tanto vale para el “socialismo bolivariano”. No habrá socialismo mientras perduren desigualdades sociales notables. Esto no implica menoscabar los éxitos de los gobiernos socialdemócratas europeos, tales como la sociedad sueca y el servicio nacional de la salud de Gran Bretaña.

En todos los casos en que se ha hablado de gobiernos socialistas, se ha tratado del socialismo estatal. Irónicamente, éste fue proclamado 1881 en Alemania por el propio emperador a instancias del estadista conservador, Conde Otto von Bismarck, a fin de restarle fuerza al partido socialista alemán<sup>18</sup>. La legislación social en Gran Bretaña nació durante el gobierno conservador de Benjamin Disraeli y fue reforzada al descubrirse, en 1899, que los jóvenes británicos sufrían tan mala salud, que eran inaptos para servir en el ejército<sup>19</sup>. Cualquier conservador que no sea norteamericano entiende que, para mantener un imperio, se necesitan soldados aptos.

Irónicamente, el éxito del socialismo estatal, apoyado y a veces financiado por los socialdemócratas, ha sido uno de los dos factores de la decadencia de los partidos de izquierda, tanto comunistas como socialistas. El

<sup>15</sup> Ver: BERMAN, Sheri, *The Primacy of Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006; NUN, José, *Democracia: ¿Gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?*, Siglo XXI, Madrid, 2000; PONTUSSON, Jonas, *Inequality and Prosperity: Social Europe vs. Liberal America*, Cornell University Press, Ithaca (NY), 2005; SACHS, Jeffrey, *The social welfare state, beyond ideology*, *Scientific American*, 2006.

<sup>16</sup> Ver: UNDP, *Human Development Report 2006*, ONU, Ginebra, 2006.

<sup>17</sup> BUNGE, Mario, *Filosofía política*, GEDISA, Barcelona, 2009.

<sup>18</sup> KIRKUP, Thomas, *A History of Socialism*, Adam and Charles Black, Londres, 1892, p. 274 y ss.

<sup>19</sup> GILBERT, Bentley B., *The Evolution of National Insurance in Great Britain: Origins of the Welfare State*, Michael Joseph, Londres, 1966, p. 89.

otro factor ha sido la televisión. ¿Para qué salir a la calle a protestar, y exponerse a un cachiporrazo policial si ya se dispone de lo indispensable para sobrevivir y, al mismo tiempo, se corre el peligro de perder un episodio de la serie televisiva a la que uno se ha hecho adicto? Pero esta pasividad es un grave error, porque favorece a los partidos reaccionarios, que hacen lo posible por dismantelar el Estado benefactor. Más aún, éste ya empezó a decaer, incluso en las naciones más prósperas<sup>20</sup>.

## 2. Electoralismo

Los partidos socialistas en el poder se han vuelto administradores del Estado benefactor. Con el apoyo de los sindicatos, han contribuído a mejorar los servicios sociales y a elevar considerablemente el número y nivel de escuelas y universidades. Por lo demás, no han tocado la pieza clave del capitalismo: la propiedad privada de los medios de producción, intercambio y finanzas. Ocasionalmente han ayudado a los peores enemigos del progreso social, como cuando el primer ministro laborista, Tony Blair, se convirtió en el perrito faldero del presidente Bush y arrastró a su país a una guerra ilegal.

O sea, los socialistas del último siglo han hecho el capitalismo más sufrible, pero han renunciado al ideal de justicia social por el que habían combatido los socialistas del siglo XIX<sup>21</sup>. Su meta actual es mucho más modesta: ganar las próximas elecciones.

Esta política puede dar resultados a muy corto plazo, a saber, hasta las próximas elecciones. Pero es suicida a largo plazo porque, cuando disminuyen las diferencias entre los partidos, el electorado pierde interés: no solamente la gente ya no milita desinteresadamente en el movimiento, sino que ni siquiera se molesta por votar. Además, todos, dirigentes y masas, olvidan lo que significa “sociedad socialista”, a saber, sociedad sin clases. Este olvido es tal, que John Mayor, el sucesor de Margaret Thatcher, declaró impunemente que Gran Bretaña era una sociedad sin clases.

Es hora de que los partidos socialistas, si quieren conservar su nombre, repiensen el ideario socialista: que lo pongan al día a la luz de las

<sup>20</sup> Ver: OECD, *Growing Unequal? Income Distribution and Poverty in OECD Countries*, 2008.

<sup>21</sup> LINDEMANN, Albert S, *A History of European Socialism*, Yale University Press, New Haven (CT), 1983, p. 351 y ss.



ciencias sociales y de la crisis actual. Esta crisis es motivo de vergüenza para los defensores de la política de *laissez-faire*, tales como el ex superbanquero Alan Greenspan, pero es una oportunidad para los socialistas de todo pelaje: es la oportunidad para denunciar la injusticia e insostenibilidad del capitalismo desbridado. También es una oportunidad para explorar la posibilidad de un orden más justo y sostenible. Si semejante cambio disminuyera su caudal electoral, paciencia: la autenticidad cuesta.

## VI. MAÑANA

### 1. Propiedad colectiva

Para evaluar la posibilidad política del socialismo, empecemos por recordar la diferencia entre la esfera pública y la privada en una sociedad cualquiera. Privado es aquello que sólo atañe al individuo y su familia: cosas, tales como vivienda, mobiliario, enseres domésticos y biblioteca; y actividades, tales como comer, descansar, jugar, criar niños, e interactuar con amigos. Público es aquello que es compartible con otros: cosas, tales como calles, parques, escuelas, hospitales, museos, templos y propiedades del Estado; y actividades, tales como aprender, trabajar, comerciar y actuar en política o en ONG.

Los totalitarios, tanto de izquierda como de derecha, soñaron una sociedad en la que no hubiera sino una esfera, la pública: una sociedad en la que los individuos no fueran dueños de nada, ni siquiera de sí mismos, e hicieran solamente lo que les permitiera el gobierno. Los socialistas democráticos, en cambio, respetan la esfera privada tanto como los liberales, aunque difieren de éstos en lo que respecta a la propiedad de los recursos naturales y de las grandes empresas. En efecto, los socialistas democráticos procuran la socialización de cuanto esté fuera de la esfera privada. O sea, respetan la libertad en la esfera privada al mismo tiempo que la limitan en la pública. Lo que no podría ser de otra manera, ya que la democracia implica la libertad, aunque no a la inversa, como lo muestra el caso de los neoliberales que transaron con las dictaduras fascistas en aras del mercado libre.

Bajo el socialismo auténtico, mi cepillo de dientes seguirá siendo exclusivamente mío, pero tu derecho a tu fábrica de cepillos de dientes será cuestionado: la conservarás si es una empresa familiar, pero si emplea a otros, los socialistas procurarán que se convierta en una empresa

cooperativa poseída y administrada por sus trabajadores. En cambio, la tierra y el agua no serán privados ni de cooperativa alguna, sino bienes públicos administrados por el Estado, el que podrá arrendarlos a personas o a cooperativas, como lo habían propuesto hace un siglo los seguidores de Henry George.

Tanto los marxistas como los fundamentalistas del mercado (como los llama el financista George Soros) sostienen que las cooperativas no pueden sobrevivir en un medio capitalista, en el que las grandes empresas cuentan con la ayuda de los bancos y del Estado y pueden producir en gran escala a precios bajos gracias al uso de técnicas avanzadas, a que pueden resistir competencias ruinosas y a que pueden explotar a sus empleados, particularmente si éstos no se unen en sindicatos combativos. Esta es una proposición empírica y, por lo tanto, se sostiene o cae al confrontársela con la realidad.

¿Qué nos dicen los hechos? Que el cooperativismo ha triunfado en pequeña escala en algunos países y que ha fracasado en otros. Por ejemplo, en Gran Bretaña ya queda poco del pujante movimiento cooperativo nacido en Rochdale en 1844. En cambio, florecen cooperativas de varios tipos y tamaños en países tan diversos como Argentina, Brasil, España, Francia, Estados Unidos, India, Italia, Suecia y Suiza. Por ejemplo, son innegables los éxitos alcanzados por la Lega delle Cooperative e Mutue, fundada en 1886 y que incluye a unas 15.000 cooperativas italianas, un décimo del total (Earle 1986)<sup>22</sup>. Otro ejemplo notable es Mondragón Corporación Cooperativa<sup>23</sup>, un conglomerado vasco de un centenar de cooperativas, que acaba de cumplir medio siglo de existencia y ocupa el noveno puesto entre las empresas españolas.

¿A qué se deben los triunfos y fracasos en cuestión? Creo que este problema aún no ha sido investigado a fondo. Uno de los motivos del triunfo de Mondragón es que tiene su propio banco y su propia universidad para la formación de sus técnicos y gerentes. Y ¿a qué se debió el fracaso de la cooperativa argentina El Hogar Obrero un siglo después de su fundación? Creo que un factor fue el que sus dirigentes eran funcionarios del Partido Socialista: creían que la devoción a la causa podía reemplazar a la competencia profesional.

<sup>22</sup> EARLE, John, *The Italian Cooperative Movement: A Portrait of the Lega delle Cooperative e Mutue*, Allen & Unwin, Londres, 1986.

<sup>23</sup> MONDRAGÓN CORPORACIÓN COOPERATIVA, *Historia de una experiencia*, 2006.

Otra causa de la decadencia de El Hogar Obrero puede ser la que ya había señalado su fundador, el Dr. Juan B. Justo<sup>24</sup>, hace exactamente un siglo. Ella es que, paradójicamente, el triunfo de una cooperativa puede llevar a su ruina. En efecto, cuando una empresa crece mucho, la distancia entre la cúpula y la base aumenta tanto, que ya no hay participación efectiva. Y sin participación intensa no hay autogestión, que es la esencia del “espíritu cooperativo” y también de la democracia auténtica.

En todo caso, lo cierto es que las cooperativas son mucho más longevas que las empresas capitalistas: la tasa de supervivencia de las empresas unidas en Mondragón es casi del 100% y la de las cooperativas federadas en la Lega es del 90% al cabo de tres décadas. Este dato sorprenderá a los economistas, pero no a los cooperativistas, ya que los cooperantes, a diferencia de los empleados, trabajan para sí mismos y están dispuestos a esforzarse más, e incluso a sacrificarse por el bien común, que es el de cada cual.

En efecto, la cooperativa ofrece a sus miembros ventajas inigualables: seguridad del empleo, satisfacción en el trabajo y orgullo de pertenecer a una empresa común inspirada en ideales nobles: igualdad, democracia participativa, y solidaridad dentro de la empresa y con empresas similares. Es imaginable que una sociedad en que todas las empresas fuesen cooperativas, como lo son de hecho las empresas familiares, sería menos imperfecta que las sociedades actuales, las que no ofrecen seguridad económica ni tampoco, por lo tanto, política.

Pero, como señaló Marx contra los cooperativistas de su tiempo, la cooperativa sólo atiende al lado económico del polígono social y tiene una existencia precaria en un mercado capitalista dominado por potentes oligopolios que gozan de los privilegios que les otorgan leyes y gobiernos diseñados para favorecer los intereses de los poderosos. En otras palabras, la igualdad económica dentro de la empresa no basta: es preciso extenderla a la sociedad íntegra.

Los marxistas-leninistas han abogado teóricamente por la igualdad total, pero a un alto precio: la desigualdad política. En efecto, han sostenido que la igualdad total o comunismo, solamente se podría conseguir luego de un período de dictadura, la que se suavizaría automáticamente poco a poco: el Estado-partido se marchitaría por sí sólo y finalmente se llegaría

<sup>24</sup> JUSTO, Juan B., *Teoría y práctica de la historia*, La Vanguardia, Buenos Aires, 1947, p. 420.

a la Edad de Oro. Pero ni Marx ni sus secuaces explicaron el presunto proceso de marchitamiento espontáneo de la dictadura del proletariado. Este es imaginario, ya que la burocracia y las fuerzas armadas no son sólo instrumentos de las clases dominantes, sino que también tienen intereses propios. Esto hace que la maquinaria del Estado sea conservadora y, lejos de encoger y de perder poder, se mantenga poderosa o incluso acreciente su poder.

En todo caso, ya sabemos lo que sucedió en el imperio soviético: la dictadura transitoria se tornó permanente, la sociedad se estancó, la gente perdió los ideales iniciales, y los dirigentes perdieron la visión y fueron incapaces de resolver la crisis final. Cuando se les acabó la capacidad de pensar ideas nuevas, renunciaron mansamente al poder. No pidieron ayuda al pueblo porque habían perdido contacto con él: no confiaban en la democracia, porque, siguiendo a Marx<sup>25</sup>, la consideraban una institución limitada a “la libertad del capital para aplastar al obrero”. Y el pueblo reciprocaba: no confiaba en sus supuestos dirigentes.

En resumidas cuentas, las cooperativas son viables incluso dentro de la economía capitalista, pero no curan las lacras macrosociales, en particular las crisis económicas y las guerras. Además, las cooperativas no pueden reemplazar al mercado ni eliminar la competencia. El mercado socialista conservará algunas de las características de todo mercado, capitalista o precapitalista: conocerá tanto la cocompetencia como la cooperación entre empresas del mismo sector e intentará explotar las diferencias de costos entre las distintas regiones. Pero se podrá evitar la colusión deshonestas, el *dumping* y la explotación si el Estado y la comunidad internacional se rigen por normas honestas.

## 2. Democracia integral

No basta recuperar el sentido original de la palabra “socialista” ni recordar las variedades de socialismo que se han dado en el curso de los dos últimos siglos. También hay que averiguar si los ideales de igualdad y de mejora de la calidad de vida siguen teniendo vigencia y, en caso afirmativo, qué puede hacerse pararealizarlas. Por lo pronto, ya sabemos qué no funciona: la dictadura del proletariado. También sabemos qué es insuficiente:

<sup>25</sup> MARX, Karl, *On the question of free trade*, Apéndice a *The Poverty of Philosophy*, Progress Publishers, Moscú, 1975, pp. 178-192.

el socialismo estatal, el que puede ser practicado tanto por gobiernos autoritarios como el de Bismarck, como por gobiernos liberales como los demócratas cristianos.

Tenemos que preguntarnos qué tipo de socialismo puede atraer a la enorme mayoría de la gente: qué promete más beneficios con menos sacrificios. O sea, cuál régimen puede mejorar la calidad de vida sin sacrificar el presente cierto por un mañana imaginario; qué sociedad permite que cada cual pueda hacer la vida que desee y no la que le manden, sin perjudicar al prójimo; qué orden social es el más justo, es decir, equilibra mejor los derechos con los deberes; y qué tipo de gestión del Estado puede hacer mejor uso de las ciencias y técnicas sociales en lugar de sujetarse a ideologías preconcebidas.

Para resolver este problema debemos empezar por recordar que la sociedad moderna es un supersistema de sistemas: ambiental, biológico, económico, cultural y político<sup>26</sup>. Estos sistemas interactúan entre sí, de modo que el progreso de cualquiera de ellos requiere el de los demás. Por ejemplo, la economía no puede avanzar mucho si los trabajadores están enfermos y no hay ingenieros ni gerentes competentes; a su vez, no se formarán ingenieros competentes si la economía no los necesita y si el nivel cultural es bajo; la cultura no avanzará si está sometida a la censura del partido político gobernante y si la gente no tiene energía, tiempo libre ni ganas de estudiar; y la política no se renovará a menos que la gente participe masivamente en ella y disponga de la información necesaria para identificar los problemas sociales y proponer soluciones. Y nada de esto será posible si no se protege el medio ambiente.

La moraleja de lo anterior es que, para curar las lacras sociales, es preciso emprender reformas sistémicas, o sea, renovar todos los aspectos de la sociedad en lugar de limitarse a uno solo, tal como el económico, el político o el cultural. Y esta reforma global no puede hacerse del día a la noche, sino que insumirá varias generaciones: hay que abandonar malos hábitos (tales como el autoritarismo y el consumismo) y crear nuevos hábitos (tales como la participación y la austeridad). Nada de esto se logrará con revoluciones ni “terapias de choque” desde arriba, porque los cambios súbitos suelen tener más consecuencias inesperadas. La

<sup>26</sup> Ver: BUNGE, Mario, *Treatise on Basic Philosophy*, tomo 4: *A World of Systems*, D. Reidel, Boston, 1979; *Ciencia, técnica y desarrollo*, Sudamericana, 2a. ed., Buenos Aires, 1997; *Las ciencias sociales en discusión*, Sudamericana, Buenos Aires, 1999.

democratización va de abajo hacia arriba y marcha gradualmente porque abarca a todos los sectores.

## VII. CONCLUSIÓN

La sociedad capitalista, caracterizada por el llamado mercado libre, está en grave crisis. Aunque los políticos y sus economistas nos prometen que eventualmente saldremos de ella, no nos dicen cómo ni cuándo. No pueden hacerlo porque carecen de teorías económicas y políticas correctas: sólo disponen de modelos matemáticos irrealistas y de consignas ideológicas apolilladas. Esto vale no sólo para los dirigentes liberales sino también para los socialistas, tanto moderados como autoritarios. Los liberales no nos explican la alquimia que transformaría la libertad de empresa en prosperidad; y los pocos marxistas que quedan se regocijan con la crisis que profetizaron tantas veces, pero no proponen ideas nuevas y realistas para reconstruir la sociedad sobre bases más justas y sostenibles.

Yo sostengo que hay motivos prácticos y morales para preferir el socialismo auténtico al capitalismo, y que la construcción del socialismo no requiere la restricción de la democracia, sino, muy por el contrario, su ampliación, del terreno político a todos los demás. Esto es lo que llamo “democracia integral”: ambiental, biológica, económica, cultural y política<sup>27</sup>. Semejante sociedad sería inclusiva: no habría exclusiones por sexo ni por raza, ni explotación económica, ni cultura exclusivista, ni opresión política.

Se preguntará, con razón, si ésta no será una utopía más y si mi postura no será la de un cantamañanas. Mi respuesta es que la democracia integral podrá tardar varios siglos en realizarse, pero que su embrión nació hace ya más de un siglo, cuando se constituyeron las primeras cooperativas de producción y trabajo en Italia, sobre la base de empresas capitalistas fallidas. Un ejemplo parecido, más reciente y modesto, es el movimiento argentino de las fábricas recuperadas; éstas fueron las empresas que, cuando fueron abandonadas por sus dueños por considerarlas improductivas, fueron ocupadas y reactivadas por sus trabajadores<sup>28</sup>. Estos son ejemplos en pequeña escala de socialismo cooperativista.

<sup>27</sup> BUNGE, Mario, *Treatise on Basic Philosophy*.

<sup>28</sup> REBÓN, J., y I. Savedra, *Empresas recuperadas: La autogestión de los trabajadores*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2006.

Si en los Estados Unidos quedaran sindicatos y partidos políticos progresistas, éstos aprovecharían la ocasión actual y transformarían en cooperativas las grandes empresas en bancarrota, tales como Ford y General Motors. Obviamente, semejante cambio requiere la anuencia de los poderes públicos, ya que involucra el reconocimiento legal de las empresas “recuperadas” por sus empleados, cosa que ocurrió en Argentina. Pero lo que ha estado haciendo el gobierno norteamericano desde fines del 2008 es usar dineros públicos para salvar esas empresas privadas fallidas por mala gestión. O sea, ha estado haciendo lo opuesto de Robin Hood. Garrett Hardin lo llamó “socializar las pérdidas y privatizar las ganancias”<sup>29</sup>.

En suma, el socialismo tiene porvenir si se propone ir socializando gradualmente todos los sectores de la sociedad. Su finalidad sería ampliar el Estado liberal y benefactor para construir el socialismo democrático y cooperativista. Éste pondría en práctica una versión actualizada de la consigna de la Revolución Francesa de 1789, a saber: Libertad, igualdad, fraternidad, participación e idoneidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERMAN, Sheri, *The Primacy of Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- BLANC, Louis, *L'organisation du travail*, Société de l'Industrie Fraternelle, París, 1839.
- BUNGE, Mario, *Treatise on Basic Philosophy, A World of Systems*, D. Reidel, Boston, 1979.
- : *Ciencia, técnica y desarrollo*, Sudamericana, 2a. ed., Buenos Aires, 1997.
- : *Las ciencias sociales en discusión*, Sudamericana, Buenos Aires, 1999.
- : *Filosofía política*, GEDISA, Barcelona, 2009.
- CRONAN, Gary, *The World's Major Cooperatives and Mutual Business*, International Cooperatives Alliance, Ginebra, 2006.
- DROZ, Jacques, *Histoire générale du socialisme*, 4 vols. Quadrige/Presses, París, 1878.
- EARLE, John, *The Italian Cooperative Movement: A Portrait of the Lega delle Cooperative e Mutue*, Allen & Unwin, Londres.

<sup>29</sup> HARDIN, Garrett, *Filters Against Folly*, Penguin Books, Londres, 1985.

- ENGELS, Frederick, *Socialism: Utopian and Scientific*, en Karl Marx y Frederick Engels, *Selected Works*, International Publishers, Nueva York, 1986.
- GILBERT, Bentley B, *The Evolution of National Insurance in Great Britain: Origins of the Welfare State*, Michael Joseph, Londres, 1966.
- HARDIN, Garrett, *Filters Against Folly*, Penguin Books, Londres, 1985.
- JUSTO, Juan B., *Teoría y práctica de la historia*, La Vanguardia, Buenos Aires, 1947.
- KEMENY, Margaret, *Psychobiological responses to social threat: Evolution of a psychological model*, en *Psychoneuroimmunology. Brain, Behavior, and Immunity*, 2009.
- KEYNES, John Maynard, *The General Theory of Employment, Interest, And Money*, en *Collected Works*, vol. 2., Royal Economic Society, Cambridge, 1936.
- KIRKUP, Thomas, *A History of Socialism*, Adam and Charles Black, Londres, 1892.
- LASKI, Harold J., *The State in Theory and Practice*, George Allen & Unwin, Londres, 1935.
- LIEBERMAN, Matthew D., y Eisenberger, Naomi I., *A pain by any other name*, en John T. Cacioppo, Penn S. Visser, y Cynthia L. Picket, compils., *Social Neuroscience*, Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 2006.
- LINDEMANN, Albert S, *A History of European Socialism*, Yale University Press, New Haven (CT), 1983.
- MARX, Karl, *On the question of free trade*, apéndice a *The Poverty of Philosophy*, Progress Publishers, Moscú, 1975.
- : *Marginal notes to the programme of the German Workers' Party*, en Karl Marx y Frederick Engels, *Selected Works*, International Publishers, Nueva York, 1986.
- MILL, John Stuart. *Principles of Political Economy*, en *Collected Works*, vol. 3. Toronto: University of Toronto Press, London: Routledge & Kegan Paul, 7ª ed, 1965.
- NUN, José, *Democracia: ¿Gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?*, Siglo XXI, Madrid, 2000.
- OECD, *Growing Unequal? Income Distribution and Poverty in OECD Countries*, 2008.
- PONTUSSON, Jonas, *Inequality and Prosperity: Social Europe vs. Liberal America*, Cornell University Press, Ithaca (NY), 2005.
- REBÓN, J., y I. Savedra, *Empresas recuperadas: La autogestión de los trabajadores*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2006.



RESTREPO, Iván, y Eckstein, Salomón, *La agricultura colectiva en México: La Experiencia de La Laguna*, Fondo de Cultura Económica, 2a. ed, México DF, 1979.

SACHS, Jeffrey, *The social welfare state, beyond ideology*, *Scientific American*, 2006.

SMITH, Adam, *The Wealth of Nations*, University of Chicago Press, Chicago, 1976.

TARCUS, Horacio, *Marx en la Argentina*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.

UNDP, *Human Development Report 2006*, ONU, Ginebra, 2006.

WEBER, Max, *Der Sozialismus*, en *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1988.



## IMPLEMENTACIÓN EN LA ARGENTINA DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

ALEXIS RODRIGO LABORÍAS

**Resumen:** Desde sus primeros pasos, la Argentina apoyó la creación de un tribunal internacional que tuviera competencia para juzgar a individuos acusados de la comisión de los crímenes más graves que afectan a la comunidad en su conjunto. Por ello, en 1998, cuando se celebró la Conferencia de Roma, nuestro país comenzó un trabajo constante hacia la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional y la adaptación de su derecho interno a las obligaciones internacionales. Partiendo de esa premisa, en este trabajo se analizan las medidas de implementación que deben adoptar los Estados parte del Estatuto. Para ello, se estudia, en primer lugar, el por qué ciertos tratados requieren de la adopción de determinadas acciones para hacerlos efectivos. Seguidamente, se distinguen las diferentes obligaciones que surgen para los Estados parte del Estatuto de Roma. Por último, se vincula el punto anterior con las disposiciones de la Ley 26.200 mediante la cual se implementa en la Argentina el mencionado Tratado y se efectúa una comparación entre ambas normas.

**Abstract:** Since the beginning, Argentina supported the creation of an international court with jurisdiction to judge individuals charged with the commission of the most serious crimes affecting the community as a whole. In 1998, when the Conference of Rome was held, Argentina started a continuing work toward the ratification the Criminal International Court Statute. This work analyzes the implementation measures to be taken by States which signed the Statute. For that purpose, this article delves into why certain treaties require certain actions to be

\* **Abogado (UBA), Magíster en Defensa Nacional (Escuela de Defensa Nacional). Docente de la Facultad de Derecho (UBA) y de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Las opiniones expresadas en este trabajo son estrictamente personales del autor y no representan ni comprometen a instituciones públicas o privadas, de Argentina o del extranjero.**

taken in order for them to be effective. Then, it explains the different obligations for the Statute of Rome party states. Last, this point is combined with Law 26200 implementing in Argentina such treaty, and then follows a comparison between both regulations.

**Palabras clave:** sistema internacional penal – medidas de implementación – Ley 26.200 – regulación de las penas – delitos cometidos en contra de la administración de justicia de la CPI – relaciones de la Argentina con el Tribunal – punto de vista teórico.

**Keywords:** international criminal system – implementation measures – Law 26.200 – regulation of sentences – crimes committed against the administration of justice by the ICC – Argentine relations with the Court – theoretical point of view.

## I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El año 1998 puede ser señalado como un hito en la lucha de la comunidad internacional contra las formas más crueles de sometimiento de la persona humana. La Conferencia de Roma, a través del Estatuto de la Corte Penal Internacional, fijó los parámetros de un auténtico sistema internacional penal, consagrando los esfuerzos que se venían desarrollando en la materia desde el final de la Segunda Guerra Mundial<sup>1</sup>.

En forma detallada y precisa, el Estatuto estableció por primera vez: a) un grupo de acciones tipificadas como crímenes internacionales; b) un tribunal específico encargado de su juzgamiento, con personalidad jurídica propia; c) la responsabilidad penal de los individuos y no de los Estados; y d) un catálogo de derechos y garantías penales, para asegurar que los procesos se desarrollen en un marco de legalidad. La interrelación de estos cuatro elementos permite hablar de un sistema autónomo, que complementa la jurisdicción penal de los Estados Parte.

Esta característica de autonomía no significa perder de vista que la aplicación concreta de diversas medidas está sujeta a la colaboración que presten los Estados. El sistema de la CPI no escapa a las reglas generales en materia de derecho internacional, donde se parte de la base de la

<sup>1</sup> En este trabajo se hará referencia indistintamente al “Estatuto de Roma” o al “Tratado”. De igual manera, se mencionará al órgano jurisdiccional creado en ese instrumento como “la Corte”, “la Corte Penal Internacional”, “el Tribunal”, o por la sigla “CPI”.

existencia de Estados soberanos como principales sujetos de dicho ordenamiento, creadores y destinatarios de sus normas. Por ello, creemos que la limitación antedicha no debería significar la pérdida de eficacia de la CPI y, mucho menos, disminuir su carácter autónomo. El delicado equilibrio entre derecho internacional y soberanía estatal encuentra su expresión en el Estatuto de Roma. En este sentido, el hecho de que los Estados hayan aceptado la existencia de un tribunal que pueda entender en determinadas acciones delictivas que afectan a la comunidad internacional en su conjunto se puede percibir como un gran avance.

A diferencia del sistema que analizamos, otros instrumentos establecen determinadas conductas como ilícitos internacionales, pero no un tribunal internacional específico con competencia sobre los mismos, quedando librado su juzgamiento a las cortes de cada Estado.<sup>2</sup> En igual sentido, en estos acuerdos tampoco se detallan los derechos y garantías de que goza el imputado, respetándose las reglas existentes en el ordenamiento jurídico local.

Al analizar las conductas tipificadas como ilícitos en estos tratados, Gutiérrez Posse distingue entre dos grandes grupos, los delitos y los crímenes internacionales<sup>3</sup>. Los primeros son tipificados por “...normas dispositivas que generan derechos y obligaciones entre los Estados que se encuentren vinculados por tales reglas de derecho”<sup>4</sup>. Los segundos, en cambio, se encuentran en “...normas, reconocidas y aceptadas por la comunidad de Estados en su conjunto, [que] tendrán el carácter de imperativas, comportando obligaciones oponibles *erga omnes*”<sup>5</sup>. En el primer grupo se incluyen los tratados referidos a “...la piratería, la esclavitud, el deterioro intencional de cables y tuberías submarinas, el uso fraudulento o la falsificación de

<sup>2</sup> Julio Barboza hace referencia a una ejecución indirecta (“indirect enforcement”) del derecho internacional penal, realizada a través del derecho interno y de los tribunales estatales. En BARBOZA, Julio; “International criminal law”; en *The Hague Academy of International Law, Recueil des Cours*, vol. 278 (1999), pp. 9 a 199 (esp. p. 28 y ss.).

<sup>3</sup> Esta clasificación se encontraba en el artículo 19 del antiguo “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados”, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en 1996. Para un análisis de esta terminología se puede consultar a BARBOZA, Julio; *op. cit.*; p. 84 y ss.; una versión resumida en BARBOZA, Julio; *Derecho Internacional Público*; Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1999; p. 364 y ss. La distinción entre “delitos” y “crímenes” fue dejada sin efecto en el actual Proyecto de artículos de la CDI, finalizado en 2001.

<sup>4</sup> GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T.; *Elementos de Derecho Internacional Penal*; Editorial De Los Cuatro Vientos, Buenos Aires, 2006; p. 83.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

estampillas postales, la circulación de publicaciones obscenas, la falsificación de moneda, el crimen organizado y la corrupción, el tráfico de personas, el tráfico de drogas o el lavado de dinero”<sup>6</sup>. En el segundo grupo se puede mencionar a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948), los Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario (1949) y sus Protocolos Adicionales (1977), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984) y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994). Sobre los ilícitos incluidos en esta categoría recae la competencia de la Corte Penal Internacional<sup>7</sup>.

Por el momento, el delito de agresión, también previsto en el Estatuto, no fue definido, dadas las dificultades políticas que presentaba en ese momento. Sin embargo, se estableció que esta tarea podría ser realizada por los Estados a partir del séptimo año desde la entrada en vigor del instrumento internacional<sup>8</sup>. Tampoco se incluyeron en el Tratado otros delitos del primer grupo mencionado más arriba, regulado por normas dispositivas, a pesar de que hubo algunas propuestas al respecto<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T.; *op. cit.*; p. 85.

<sup>7</sup> El Estatuto es un buen ejemplo del doble trabajo de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional. La reunión del segundo grupo de ilícitos (“crímenes”) en un cuerpo único, en forma sistematizada y abarcativa, constituye un claro ejemplo de codificación, a lo que debe sumarse que el Tratado no se limita a transcribir las tipificaciones de delitos de otros acuerdos preexistentes, sino que también tiene en cuenta la práctica posterior de los Estados sobre la materia. Por otra parte, el establecimiento de un tribunal independiente, con sus propias reglas y un esquema procesal tan detallado, se inscribe en el marco del desarrollo progresivo del derecho de gentes.

<sup>8</sup> Conforme los arts. 5.2, 121 y 123 del Estatuto. El plazo de siete años se cumplió en julio de 2009.

<sup>9</sup> En Roma, la Delegación argentina sugirió incluir en la competencia de la Corte el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, sin resultado positivo. No obstante, esta propuesta fue reflejada en una Resolución (identificada con la letra “E”) aprobada por la Conferencia, que invita a los Estados a estudiar una enmienda del Estatuto para incluir a futuro “...los crímenes de terrorismo y los relacionados con las drogas...”. Conforme GRAMAJO, Juan Manuel; *El estatuto de la Corte Penal Internacional*; Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2003; pp. 99 y 100; y REBAGLIATI, Orlando R.; “La Corte Penal Internacional y su Futuro Establecimiento”; en Instituto del Servicio Exterior de la Nación, Serie Documentos de Trabajo N° 37, Buenos Aires, agosto de 2002; p. 9.

## II. IMPLEMENTACIÓN Y EFECTIVIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Partiendo de la base de las características del sistema creado en el Tratado, conforme se ha visto en los párrafos precedentes, los Estados Parte deben prestar especial cuidado en el cumplimiento de sus disposiciones. No se trata de simples delitos que afectan sus relaciones recíprocas, sino de figuras penales que protegen valores esenciales de la comunidad internacional<sup>10</sup>. Por ello, el presente trabajo tiene por objetivo desarrollar uno de los aspectos esenciales del Estatuto: las medidas de implementación que deben ser adoptadas por los Estados Parte.

El término “implementación” se utiliza para describir una actividad compleja, que consiste en la adopción por un Estado de todas aquellas medidas que sean necesarias para que un tratado sea aplicado correctamente en su ordenamiento jurídico interno. Los alcances de esta actividad no pueden ser detallados de antemano por el derecho internacional, ya que cada Estado responde a un sistema jurídico y su ordenamiento interno posee características diferenciadas del resto. Lo que no puede soslayarse es que si de una correcta implementación se deriva la eficaz aplicación y cumplimiento de un tratado, lo contrario se transforma en la violación por el Estado de las obligaciones a su cargo, incurriendo, por tanto, en responsabilidad internacional<sup>11</sup>. Acerca de este punto, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en su Opinión Consultiva sobre “Canje de poblaciones griegas y turcas”, hizo referencia a “...un principio auto-evidente, conforme el cual un Estado que ha contraído obligaciones internacionales válidas está obligado a realizar en su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas”<sup>12</sup>.

Lo antedicho se relaciona directamente con el tema de la operatividad de los acuerdos internacionales, es decir, si las disposiciones de éstos pueden ser fuente directa de derechos y obligaciones para los particulares, o si, en cambio, se precisa una norma de derecho interno que adapte, regule

<sup>10</sup> Sobre el objeto jurídico protegido por el Estatuto, ver GRAMAJO, Juan Manuel; *op. cit.*; pp. 38 y 39.

<sup>11</sup> MONCAYO, Guillermo R., VINESA, Raúl E. y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T.; *Derecho Internacional Público – Tomo I*; Editorial Zavalia, Buenos Aires, 1981; p. 56.

<sup>12</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie B, N° 10, publicada online en <<http://www.icj-cij.org/pcij>> (Acceso el 23/05/2009).

o reglamento al tratado.<sup>13</sup> El criterio actual en nuestro país, adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del conocido caso “Ekmejdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, sentenciado en el año 1992, determina que la cláusula de un tratado “...es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso.”<sup>14</sup> Siguiendo este criterio, *a contrario sensu*, existen otras normas internacionales que requieren de determinadas disposiciones del derecho interno para cobrar plena operatividad. Un claro ejemplo de lo antedicho es el Tratado de Roma, objeto de nuestro estudio.

Dadas las particulares disposiciones que posee y el carácter de los delitos que se tipifican en el mismo, el propio Estatuto establece ciertas regulaciones a fin de contribuir más eficazmente a alcanzar sus objetivos. Por ello, de no dictar una norma de implementación que lo haga plenamente operativo, en cada caso particular, la autoridad estatal de aplicación debería resolver según su criterio. Esto conspiraría contra el sistema del Tratado y dificultaría la adopción de medidas concretas, por ejemplo, para responder a los requerimientos o pedidos de colaboración que efectúe la CPI. Además, la existencia de una legislación que torne operativas dichas obligaciones permite una mayor seguridad jurídica en un área sensible como el derecho penal, con su complejo entramado de derechos y garantías.

Conforme Kai Ambos, el Estatuto no impone a los Estados una obligación específica en materia de implementación, sino que esto resulta conveniente a los fines de operativizar sus disposiciones<sup>15</sup>. Por lo tanto, cada uno de ellos deberá evaluar su sistema jurídico interno y adoptar las medidas

<sup>13</sup> Para una visión mas amplia de este tema respecto de Argentina puede consultarse a PODESTÁ COSTA, Luis A. y RUDA, José M.; *Derecho Internacional Público*; Tipográfica Editora Argentina (TEA), Buenos Aires, 1979; Tomo 1, p. 40 y ss.; MONCAYO, Guillermo R. [*et al.*]; *op. cit.*; p. 53 y ss.; COLAUTI, Carlos E.; *Derecho Constitucional*; Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998; p. 184 y ss.; y BARBOZA, Julio; *Derecho Internacional Público cit.*; p. 62 y ss.

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 315: 1492 (voto de la mayoría, considerando N° 20).

<sup>15</sup> AMBOS, Kai; *La Corte Penal Internacional*; Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007; p. 339. En forma coincidente FERNÁNDEZ VALONI, José Luis (h.); “Hacia el efectivo establecimiento de la Corte Penal Internacional”; en *El Derecho*, diario del 28/11/2001, pp. 16 a 20 (esp. párrafo 2.1. *¿Por qué implementar?*).



necesarias, que pueden variar en cada jurisdicción<sup>16</sup>. Sobre esta tarea, que tiene como resultado la interrelación de normas internas e internacionales, se ha señalado que:

“Estos tipos de delitos otorgan jurisdicción a aquellos Estados que de algún modo tengan una conexión razonable con los delitos cometidos y deberán juzgarlos en una conjunción de aplicación primigenia de las normas internacionales haciendo ‘gap filling’ con sus normas internas”<sup>17</sup>.

A efectos de organizar el desarrollo de la investigación, hemos decidido analizar, en primera instancia, las diferentes obligaciones que surgen para todos los Estados Parte en el Estatuto. Una vez descripto este campo, expondremos en detalle el articulado de la Ley 26.200, a través de la cual las disposiciones del Tratado de Roma se implementan en la Argentina. Esto nos permitirá conocer si nuestra normativa guarda conformidad con las obligaciones internacionales que el Gobierno federal ha aceptado.

### III. OBLIGACIONES QUE SURGEN DEL ESTATUTO

El análisis del Estatuto, de conformidad con lo que comentamos en los párrafos precedentes; esto es, en relación con las diversas obligaciones que surgen para los Estados Parte, permite obtener varios tipos de clasificaciones. En los trabajos doctrinarios sobre la materia pueden encontrarse sistematizaciones que desarrollan categorías diferentes de obligaciones<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> En AMBOS, Kai; *op. cit.*; pp. 340 y 341, se mencionan diferentes opciones de implementación (“modelos”), cuya elección, según el autor, “...depende de las exigencias constitucionales de cada Estado.”

<sup>17</sup> ARCAGNI, José Carlos; “Jurisdicción internacional concurrente en materia de delitos internacionales”; en *La Ley*, diario del 01/11/2000, p. 1 y 2. En este trabajo se define la idea de “gap filling” como un proceso “...que consiste en rellenar las lagunas técnicas con el ordenamiento más adecuado, en este caso la ley del foro.”

<sup>18</sup> En la Bibliografía se mencionan varios estudios que desarrollan la temática de la implementación y las obligaciones a cargo de los Estados. La enumeración no es exhaustiva, sino que responde a las obras que se tuvieron en cuenta para la redacción de este trabajo. Los autores incluidos en el listado son Kai Ambos [*et al.*], Carolina Anello, M. Cherif Bassiouni, Diego Camaño Viera, Isabel Lirola Delgado, Héctor Olásolo y Pablo Parenti. También son de especial interés los informes y recomendaciones de las organizaciones no gubernamentales, como Amnistía Internacional, Human’s Rights Watch y del International Centre for Human Rights and Democratic Development.

Todas estas investigaciones tienen por objetivo facilitar el dictado de las medidas tendientes a la implementación del Estatuto o el estudio de éstas, teniendo, por tanto, carácter meramente ilustrativo.

A los efectos de esta obra, hemos decidido seguir la clasificación de las obligaciones que se enuncia seguidamente:

- a. Tipificación de delitos de competencia de la Corte.
- b. Tipificación de los delitos contra la administración de justicia.
- c. Adopción de medidas de cooperación internacional y asistencia judicial.
- d. Participación en la Asamblea de Estados Parte.
- e. Obligaciones consuetudinarias.

Cada una de estas categorías será objeto de un breve comentario, con anterioridad al análisis general de las disposiciones de la ley argentina.

## **1. Tipificación de delitos de competencia de la Corte**

La primera y más importante obligación de los Estados se vincula con la prevención y sanción del genocidio, de los delitos de lesa humanidad y de los crímenes de guerra. Así se desprende claramente del Preámbulo del Estatuto cuando expresa:

“...los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.”

A ello se agrega, en los párrafos siguientes, que “...es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales.”

Partiendo de estos principios, los Estados deben tipificar en su ordenamiento jurídico los delitos descriptos, o adecuar los tipos ya existentes, de conformidad con las obligaciones internacionales que asumen. Esta tarea se ve simplificada ya que, en algunos casos, el Estatuto reitera, casi sin modificaciones, el contenido de tratados anteriores; un ejemplo es la figura del genocidio, ya que su artículo 6º se corresponde con el art. 2º de la

Convención de 1948. Asimismo, respecto a las tipificaciones que realiza el Estatuto de los delitos de lesa humanidad, se ha dicho que:

“...constituyen una codificación de normas ya existentes de derecho internacional. Empero, existen algunos elementos de desarrollo progresivo. Entre otros, cabe mencionarse la inclusión de conductas tales como la desaparición forzada de personas o el embarazo forzado, que responden a hechos de extrema gravedad ocurridos en las últimas décadas”<sup>19</sup>.

## 2. Tipificación de los delitos contra la administración de justicia

Estos tipos penales protegen el correcto desempeño de las tareas propias de la Corte y de sus funcionarios, castigando a quienes entorpezcan, perturben o afecten sus actividades. El Estatuto en su artículo 70.4., apartado a), expresa la conducta a realizar por los Estados:

“Todo Estado Parte hará extensiva sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales.”

La forma de proteger debidamente la actividad de la Corte queda a criterio de cada Estado Parte. Esto puede realizarse tanto mediante una ley especial, reglamentaria del Estatuto, o simplemente extendiendo las disposiciones pertinentes de derecho interno a los delitos que se analizan. En el caso de la Argentina, como veremos seguidamente, se ha optado por establecer un Título específico en la Ley 26.200, para la implementación del Estatuto.

También pueden incluirse en este apartado las obligaciones asumidas por los Estados Parte de respetar los privilegios e inmunidades de los

<sup>19</sup> REBAGLIATI, Orlando R.; *op. cit.*; pág. 13. Sin embargo, la figura de la desaparición forzada ya había sido tipificada por la Convención Interamericana de 1994. Su versión a nivel universal, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, fue aprobada en el año 2006, pero a la fecha no se encuentra en vigor. La información surge de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sitio web <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/disappearan-ce-convention.htm>> (Acceso el 13/06/2009).

funcionarios de la Corte (magistrados, fiscal y secretario, entre otros), conforme lo determina el artículo 48. Nuevamente, el objetivo buscado es proteger la función que desempeñan estas personas, para que puedan cumplir sus tareas sin interferencias. En el caso de Argentina, mediante la Ley 26.193 se aprobó el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la CPI, que se había adoptado en Nueva York el 09/09/2002.<sup>20</sup> El instrumento de ratificación fue depositado el 01/02/2007.<sup>21</sup>

### **3. Adopción de medidas de cooperación internacional y asistencia judicial**

Este apartado engloba diferentes obligaciones que aceptan los Estados, con el fin de facilitar el esclarecimiento y sanción de los delitos. Así lo establecen dos disposiciones del Estatuto, que se transcriben a continuación:

“Los Estados Parte, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia.” (art. 86)

“Los Estados Parte se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte.” (art. 88)

Estas disposiciones se reúnen en la Parte IX del Estatuto y abarcan las solicitudes de información y de detención de acusados, y su entrega a la Corte, la búsqueda de personas y objetos, la protección de víctimas y testigos, y la realización de allanamientos, entre otras.

Además, existen otras obligaciones, dispersas en el articulado, que podríamos incluir en este acápite. Podemos mencionar las disposiciones acerca de la entrega de información a la Corte, cuando ésta provenga de terceros (art. 73), la ejecución de las medidas que disponen reparaciones

<sup>20</sup> La Ley 26.193 fue sancionada el 06/12/2006, promulgada el 26/12/2006 y publicada en el Boletín Oficial de fecha 27/12/2006.

<sup>21</sup> Conforme el sitio de la Coalición para la Corte Penal Internacional (Coalition for the International Criminal Court) <<http://www.iccnw.org/?mod=country&iduct=7> (Acceso el 30/05/2009)>.

para las víctimas de los delitos (arts. 75 y 109), como así también las que establecen la reclusión de los culpables (art. 103 y sucesivos).

#### **4. Participación en la Asamblea de Estados Parte**

Conforme las disposiciones del Estatuto, todos los Estados que hayan ratificado o adherido a sus disposiciones participan en la Asamblea, cuyas competencias se encuentran en el art. 112. Asimismo, al acceder a esta reunión plenaria se comprometen, de manera expresa, a aprobar los instrumentos complementarios para el correcto funcionamiento de la Corte, como los Elementos de los Crímenes (art. 9º), las Reglas de Procedimiento y Prueba (art. 51), el Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas (art. 79) y el Reglamento Financiero (art. 113). También deben los Estados pagar las cuotas que les sean fijadas (art. 115), a fin de contribuir al mantenimiento económico del Tribunal y de la propia Asamblea, permitiendo su correcto funcionamiento.

En el caso de los Estados que sólo hubieran firmado el Estatuto o el Acta Final de la Conferencia de Roma, pueden participar en la Asamblea pero sólo en calidad de observadores.

Por último, cabe destacar que los Estados Parte también deberían realizar las enmiendas necesarias al Estatuto con el fin de tipificar el delito de agresión. Si bien de la letra del Tratado no surge que esto constituya una obligación, entendemos que resulta necesario para la comunidad internacional disponer de un instrumento legal adecuado con el cual enfrentar este grave ilícito<sup>22</sup>.

#### **5. Obligaciones consuetudinarias**

Las últimas dos obligaciones que queremos destacar, si bien se mencionan en el Estatuto, no tienen su origen inmediato en éste, sino que reiteran dos principios consolidados de la costumbre internacional. La primera de ellas se incluye en el Preámbulo, cuando se afirma que ninguna disposición del Estatuto deberá entenderse como una autorización a intervenir

<sup>22</sup> Ver REMIRO BROTONS, Antonio; "Crimen de agresión, crimen sin castigo"; en Asociación Argentina de Derecho Internacional, Anuario 2005, pp. 33 a 68. Publicado online en el sitio web de la Asociación <<http://www.aadi.org.ar/doctrina/anuario.2005.pdf>> (Acceso el 30/05/2009).

en los asuntos internos de algún Estado. Esta mención del principio de no intervención nos remite las disposiciones del art. 2º, inc. 7º, de la Carta de la ONU y a la Resolución de la Asamblea General N° 2625 (XXV). La segunda obligación aparece al final del Tratado, en su art. 119, cuando determina que las controversias entre los Estados serán resueltas mediante negociación directa o sometidas posteriormente a la Asamblea, si las partes enfrentadas no hubieran podido solucionarlas. Lo antedicho resulta una clara aplicación del principio de arreglo pacífico de controversias, también incluido en la Carta de la ONU en el art. 2º, inc. 3º, y en la Resolución ya mencionada.

De este modo, dos obligaciones que los Estados ya habían contraído, incluso con anterioridad a la propia Carta de la ONU, les son recordadas en el Estatuto de Roma, con particular referencia a sus disposiciones.

#### IV. IMPLEMENTACIÓN DEL ESTATUTO EN LA ARGENTINA

##### 1. Los proyectos de ley

La Argentina tuvo una participación destacada tanto en la Conferencia de Roma, que determinó la creación de la Corte Penal Internacional, como en el Comité Preparatorio, que había sesionado en 1996 y 1997.<sup>23</sup> Este interés en la materia se manifestó también en los procedimientos internos que llevaron al país a comprometerse internacionalmente. Mediante la Ley 25.390, sancionada en noviembre del año 2000, se aprobó el texto del Tratado y, pocos meses después, el 8 de febrero de 2001, se depositó el

<sup>23</sup> Una visión general de los objetivos argentinos en la Conferencia, se puede obtener de la intervención del entonces Ministro de Justicia, Dr. Raúl E. Granillo Ocampo, el día 17/06/1998, dirigiéndose al plenario de participantes. El discurso se puede consultar en el sitio web de la Corte <<http://www.icc-cpi.int>>, como documento “19980617\_ST\_ARGENTINA(S)[1].pdf”. La destacada actuación argentina se menciona en REBAGLIATI, Orlando R.; “La Corte Penal Internacional”; publicado en el sitio web de la Asociación Profesional del Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación <<http://web.archive.org/web/20010217003836/>> <<http://www.apcpcsen.org.ar/aportes/corte.htm>> (Acceso el 22/06/2009), también disponible con ese mismo título en la Revista Jurídica de Buenos Aires, año 1998, vol. 1/2, pp. 27 a 40. Los detalles de la Conferencia se encuentran en GRAMAJO, Juan Manuel; *op. cit.*; p. 98 y ss.; una versión sintética en el trabajo del mismo autor “El Estatuto de la Corte Penal Internacional”; en El Derecho, diario del 28/11/2001, pp. 9 a 16.

instrumento de ratificación en la Secretaría General de las Naciones Unidas.<sup>24</sup> Por número de orden, nuestro país es el miembro número 28.<sup>25</sup>

Con relación a los trabajos de implementación, en septiembre de 2000 fue creada una Comisión Interministerial para estudiar el tema y elaborar una propuesta legislativa<sup>26</sup>. Presumiblemente, los posteriores sucesos políticos provocaron un retraso en su labor, pero, finalmente, en octubre de 2002 se elevó a la Cámara de Senadores el “Proyecto de ley implementando el Estatuto de Roma”<sup>27</sup>. Este proyecto fue debatido en las respectivas Comisiones, donde se tuvieron en cuenta otras propuestas legislativas, así como también las recomendaciones efectuadas por diversas organizaciones no gubernamentales. Todo este trabajo dio como resultado un nuevo “Proyecto de Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, que tuvo media sanción por el Senado en su sesión del día 23 de junio de 2004, aunque posteriormente no fue aprobado por la Cámara de Diputados<sup>28</sup>.

Sobrellevando las dificultades iniciales, este segundo proyecto fue presentado nuevamente para su debate en la Cámara de Senadores, logrando ser aprobado el 06/09/2006. En la Cámara de Diputados se consiguió

<sup>24</sup> La Ley 25.390 fue sancionada el 30/11/2000, promulgada de hecho el 08/01/2001 y publicada en el Boletín Oficial el 23/01/2001. Los datos del instrumento de ratificación se encuentran disponibles en el sitio oficial de la Corte y en el sitio web de la Coalición para la Corte Penal Internacional, ya mencionados anteriormente.

<sup>25</sup> A modo anecdótico, se puede mencionar que, cuando faltaban todavía algunas ratificaciones para que el Estatuto entrara en vigor (se requerían sesenta), varios Estados lo hicieron en forma conjunta, en junio de 2002. Esto fue reconocido por la Corte, designando a todos ellos como “miembro número 60”. A julio de 2009, el Estatuto cuenta con 109 Estados Parte.

<sup>26</sup> Fue creada por Resolución Conjunta N° 2762, 930 y 996 del 29 de setiembre de 2000, firmada por los Ministros de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, de Defensa, y de Justicia y Derechos Humanos.

<sup>27</sup> Fue presentado el 08/10/2002, registrándose como Expediente N° 474/02 y girado a cuatro Comisiones: de Relaciones Exteriores y Culto, Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios, Justicia y Asuntos Penales, y Asuntos Constitucionales. El Expediente caducó el 29/02/2004. Se puede consultar el texto del Proyecto, su nota de elevación y un breve comentario en FERNÁNDEZ VALONI (h), José Luis; “Proyecto de ley de implementación del estatuto de la Corte Penal Internacional”; en Revista Jurídica de Buenos Aires, año 2002/03, pp. 215 a 249.

<sup>28</sup> El proyecto elaborado en el Senado fue presentado en dicha Cámara el 02/04/2004, registrado como Expediente N° 803/04 y girado a la Comisión de Asuntos Constitucionales. A pesar de la media sanción, el Expediente caducó el 28/02/2006.

su aprobación en una de las últimas sesiones de aquel año, el 13/12/2006, sancionándose como Ley 26.200.<sup>29</sup>

Si bien la comparación entre el proyecto del año 2002 y el texto finalmente sancionado excede el objetivo del presente trabajo, resulta interesante hacer una observación. En el primero, cada delito de competencia de la CPI era regulado individualmente, reiterando las disposiciones del Estatuto y efectuando algunas adecuaciones. En el texto actual, en cambio, hay una remisión implícita a las disposiciones del Tratado y a sus instrumentos conexos (por ejemplo, los Elementos de los Crímenes), limitándose nuestra ley a establecer las penas aplicables en cada caso<sup>30</sup>.

A pesar de la diferente técnica legislativa en cada proyecto, las pautas básicas acerca del contenido de la futura ley de implementación ya habían sido objeto de análisis en el Congreso Nacional, al momento de debatir la ley de aprobación del Tratado. El ex diputado Marcelo Stubrin señalaba que la adaptación al derecho interno debía considerar cuatro áreas:

“...a) Deben analizarse las normas que establecen la competencia de los órganos judiciales argentinos para juzgar a los sujetos que cometan ilícitos comprendidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional; b) Deben dictarse las normas que organizarán la cooperación entre la República Argentina y la Corte (...); c) Deben dictarse las normas penales que, eventualmente, modifiquen y completen los delitos tipificados previstos en el derecho interno (...); d) Deben analizarse las normas vigentes para adecuarlas o dictar nuevas, si fuere necesario, para permitir la ejecución en territorio argentino de las decisiones de la Corte (...)”<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> La nueva presentación del proyecto en el Senado fue realizada el 15/06/2006, registrándose como Expediente N° 2078/06 y girado a dos Comisiones: Asuntos Constitucionales, y Justicia y Asuntos Penales. En la Cámara de Diputados ingresó como Expediente 0166-S-2006. La Ley 26.200 se promulgó de hecho el 05/01/2007 y se publicó en el Boletín Oficial del 09/01/2007.

<sup>30</sup> En PARENTI, Pablo F.; “Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el ámbito nacional: El proyecto de ley aprobado por la Cámara de Senadores”; en *El Dial – Suplemento de Derecho Penal*, Año 2004, N°7 (Sitio web <<http://www.eldial.com>>).

<sup>31</sup> STUBRIN, Marcelo J.; “El tribunal penal internacional”; en *Escenarios Alternativos*, Año 5, N° 11, 2001, pp. 97 a 111 (esp. pp. 110 y 111).



Por último, es necesario remarcar que la redacción de la Ley 26.200 presenta algunas deficiencias. Veamos por ejemplo lo que expresa el artículo 2° *in fine*: “Toda vez que el Estatuto de Roma hace referencia a ‘crímenes’ debe entenderse como ‘delitos’”. Hasta aquí, una cláusula importante, que adecua la terminología del Estatuto a nuestro Código Penal. Sin embargo, al avanzar con la lectura de la ley llegamos al art. 4°, donde se hace referencia a una “...persona sospechada de haber cometido un crimen...”. Otro ejemplo se aprecia en el art. 21, encabezado con el título “Soborno”. Creemos que esta palabra es inadecuada; hubiese sido preferible utilizar “cohecho”, que es el término mencionado en nuestro Código Penal (art. 256 y sucesivos). Si bien se trata de simples detalles, creemos que en cada ley y cada proyecto se debería prestar una mayor atención a la coherencia interna del texto.

## 2. Estructura de la ley y análisis particularizado

La Ley 26.200 se estructura en cuatro Títulos, que contienen disposiciones generales (objeto de la ley, alcance temporal y territorial, principios y garantías del derecho penal), la regulación de las penas (montos, graduación, prescripción), los delitos cometidos en contra de la administración de justicia de la CPI (amenazas o ataques contra funcionarios y testigos) y las relaciones de la Argentina con el Tribunal (recepción y análisis de solicitudes, medios de prueba, detención y entrega de personas).

### 2.a) Título Primero

El art. 1° de la ley establece en forma clara su doble objetivo: implementar las disposiciones del Estatuto de Roma y regular las relaciones de cooperación entre nuestro país y la Corte Penal Internacional. El art. 2° da un criterio de especificidad, determinando que el sistema penal que se prevé en el Estatuto y la ley sólo se aplica a los delitos que sean competencia de la CPI. Sus disposiciones, por tanto, no pueden extenderse, mediante la analogía u otro procedimiento similar, a los que podríamos llamar delitos comunes, que siguen regulados por el Código Penal y sus normas complementarias. Se realiza una salvedad al indicar que también se aplicará a las figuras que en el futuro sean de competencia del Tribunal, es decir, tanto el crimen de agresión, aún sin tipificar en el Estatuto, como a los demás ilícitos que los Estados Parte decidan incluir en este

marco normativo<sup>32</sup>. En cualquiera de los dos supuestos, creemos que también nuestra ley de implementación debería ser modificada, a fin de evitar dificultades en la aplicación de estos nuevos tipos.

El art. 3º determina las pautas para la aplicación espacial (o territorial) de la ley penal. Veamos estas cuestiones con un poco más de detalle.

Una de las manifestaciones de la soberanía del Estado, en su faz interna, es la existencia de una potestad jurisdiccional sobre las personas, los hechos y las cosas. Alvarado Velloso la define como "...la facultad que tiene el Estado para administrar justicia por medio de los órganos judiciales instituidos al efecto, los cuales –en función pública– tienen por finalidad la realización o declaración del derecho mediante la actuación de la ley a los casos concretos"<sup>33</sup>. Ese poder soberano, el de "decir el derecho" (*iuris dictio*), es inescindible del Estado como lo conocemos desde la Modernidad. A tal punto es así que, cuando una porción considerable del territorio estatal, con su población incluida, escapa mediante una insurrección armada a esta potestad de imponer la ley, podemos apreciar la aparición de un nuevo sujeto de derecho internacional, vinculado a las situaciones de beligerancia<sup>34</sup>.

La discusión acerca del alcance de esa jurisdicción en el ámbito espacial se inició, de alguna manera, desde el mismo momento de la formación de los Estados<sup>35</sup>. Históricamente, el primer criterio recono-

<sup>32</sup> Por ejemplo, el tráfico de estupefacientes y armas, o la trata de personas. Estas tres acciones delictivas ya se encuentran tipificadas en tratados internacionales, aunque su juzgamiento depende enteramente de los Estados. Sobre la inclusión de la problemática de las drogas en el ámbito de la CPI, ver la propuesta argentina mencionada en la nota N° 9.

<sup>33</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo; "Jurisdicción y competencia"; en *La Ley*, tomo 1985-C, pp. 1133 a 1146.

<sup>34</sup> ARMAS PFIRTER, Frida, BARBERIS, Julio y QUEROL, María; *Cuadernos de Derecho Internacional N° 1: Sujetos del derecho de gentes*; Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1999; p. 95 y ss.

<sup>35</sup> Los trabajos de doctrina en esta materia son innumerables y abarcan diferentes ramas del derecho (penal, internacional público, internacional privado). Además de las obras que se mencionan en las próximas Notas se puede agregar, de manera ejemplificativa, a KALLER DE ORCHANSKY, Berta; *Manual de Derecho Internacional Privado*; Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1989; p. 593 y ss.; GOLDSCHMIDT, Werner; *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*; Editorial Depalma, Buenos Aires, 1992; p. 521 y ss.; FONTAN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho Penal*; Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995; Tomo I, p. 263 y ss.; y BAIGUN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.); *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*; Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997; Tomo I, p. 1 y ss.

cido es el de territorialidad, es decir, que la ley se aplica dentro de un ámbito espacial enmarcado por límites internacionales y en los demás lugares que, sin estar dentro del territorio, se hallan bajo la potestad estatal (por ejemplo, el caso de las antiguas dominaciones coloniales, o actualmente, los enclaves aduaneros). En un antiguo fallo, nuestra Corte Suprema se refirió a este aspecto señalando que “...es un principio del derecho internacional que los Tribunales de un Estado solo ejercen jurisdicción rectamente sobre las personas y cosas que se encuentran en su territorio; porque fuera de él carecen de poder para hacer cumplir sus decisiones...”<sup>36</sup>.

Otro criterio posible de atribución de jurisdicción es el de la nacionalidad<sup>37</sup>. Este vínculo jurídico entre un individuo y el Estado puede ser establecido por diversas reglas, tales como el lugar de nacimiento (*ius solis*), la nacionalidad de los padres (*ius sanguinis*), el lugar de residencia habitual o la sede principal de los negocios, entre otros. La elección entre una o más de las pautas antedichas escapa a la regulación del derecho internacional, que suele considerarlo como un “dominio reservado del Estado”<sup>38</sup>.

En tercer lugar, existe otra importante teoría conocida como el “principio real o de defensa”, por el cual un Estado puede aplicar su ley cuando un determinado hecho es cometido fuera de sus fronteras, pero tiene consecuencias dentro de su territorio. En otros términos, se busca defender los intereses estatales, sin importar el lugar donde se produzca la afectación a éstos<sup>39</sup>.

Finalmente, un principio más actual, que recién comenzó a esbozarse a fines del siglo XIX, es el identificado como de “justicia universal”. En aplicación de éste, los Estados tienen la obligación de defender a la sociedad internacional, aplicando su ley represiva a todas las personas acusadas de crímenes aberrantes, sin importar cuál es su nacionalidad o el lugar donde

<sup>36</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 5 de junio de 1869 en la causa “D. Marciano Molina y C<sup>o</sup> contra B. D. Marton, por devolución de importe de fletes” (Fallos 7:267). En igual sentido se pronunció en el caso “Don Eugenio Bustos contra D. Claudio Manterola y D. Gabriel Fornes, por cobro ejecutivo de pesos” (Fallos 8:58).

<sup>37</sup> SAHOVIC, Milan y BISHOP, William W. (Jr.); “Autoridad del Estado: su alcance en relación con las personas y lugares”; en SORENSEN, Max (Ed.); Manual de Derecho Internacional Público; Fondo de Cultura Económica, México, 1973 (5ª reimpresión, 1994); p. 353 y ss.

<sup>38</sup> BARBOZA, Julio; Derecho Internacional Público... *cit.*; pp. 610 y 611.

<sup>39</sup> SAHOVIC, Milan y BISHOP, William W. (Jr.); *op. cit.*; p. 359 y ss.

ocurrió el hecho ilícito. Conforme Antonio Boggiano, en este supuesto la jurisdicción se aplicaría “...sin ningún criterio de conexión con el caso”<sup>40</sup>.

Desde el ámbito académico, se suele señalar que el derecho internacional penal se encamina, lentamente, hacia la implementación del principio de universalidad. El progreso en los sistemas de protección de los derechos humanos ha dado por resultado la expansión de las antiguas concepciones de la competencia penal, haciendo más efectiva la búsqueda de justicia. Las posiciones más avanzadas sobre el tema propugnan la adopción general de este principio en los códigos penales nacionales, como una forma de disuadir a los posibles ofensores. De este modo, se suele decir, el criminal sabe que puede ser alcanzado por la justicia en cualquier lugar del mundo. Gutierrez Posse menciona esta posibilidad, en particular, respecto de los crímenes de guerra, aunque su opinión podría trasladarse a los delitos de lesa humanidad y el genocidio:

“En razón de que los deberes fundamentales impuestos por las normas del derecho internacional humanitario entran en la categoría de obligaciones *erga omnes* –es decir, de deberes que tienen los Estados con la comunidad internacional en su conjunto en virtud de la importancia de los derechos en juego y del bien que se intenta tutelar jurídicamente–, su violación autoriza a Estados distintos del Estado directamente lesionado a reclamar la responsabilidad contraída por esa violación”<sup>41</sup>.

El sistema jurídico argentino posee, en el artículo 118 de la Constitución, una norma que, en nuestra opinión, habilitaría la aplicación del principio de universalidad. En su último párrafo establece que cuando un delito “...se cometa fuera de los límites de la Nación contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”<sup>42</sup>. Mediante esta “ley especial” el Congreso podría

<sup>40</sup> BOGGIANO, Antonio; Derecho Penal Internacional en el derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003; p. 8.

<sup>41</sup> GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T.; Moderno derecho internacional y seguridad colectiva; Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1995; p. 373.

<sup>42</sup> La doctrina constitucional no es pacífica en la interpretación de este artículo. Al respecto, puede consultarse a COLAUTTI, Carlos E.; “La jurisdicción extraterritorial y los delitos contra el derecho de gentes”; en *La Ley*, 1999-E, pp. 996 a 1102; del mismo autor “Los principios generales del derecho internacional y su aplicación en el derecho interno”;

determinar qué jurisdicción sería aplicable a los delitos mencionados: la nacional, la de un tribunal extranjero o la de una corte internacional. Este objetivo se planteaba en el proyecto de ley del año 2002, de conformidad con el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo, donde se indicaba: “Con las disposiciones contenidas en el art. 1º incisos c) y d), se da cumplimiento y se regula el mandato constitucional contenido en el art. 118 de la Ley Fundamental...” Los fundamentos del proyecto de ley del año 2004, finalmente sancionado en 2006, no incluyeron esta referencia a la Constitución.

Cabe destacar que, en el estado actual del derecho internacional, el principio de jurisdicción universal no cuenta con una aceptación general. Los Estados aún se muestran reticentes a extender el alcance de su ley penal, principalmente por los conflictos que esto podría causar en sus relaciones exteriores. Además, la efectiva implementación de este principio presupone una mayor unificación en los sistemas penales nacionales, como señala Quintano Ripollés:

“La represión penal en un plano rigurosamente universal presupone, de otra parte, además de un propósito de colaboración solidaria internacional, una uniformidad de derecho sustantivo sin la cual aquel sistema carecería generalmente de razón de ser. El nombre universal, por lo tanto, es a todas luces exagerado, referido más bien a un deseo que a una efectiva realidad existencial...”<sup>43</sup>.

Hecho este somero análisis de las principales teorías en el campo penal, pasemos al estudio de la legislación argentina. Nuestro Código Penal, en su art. 1º establece: “Este Código se aplicará: 1º) Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción; 2º) Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.”

Como puede apreciarse, el legislador optó por consagrar el principio de territorialidad y el de defensa, ambos en el primer apartado del artículo

---

en La Ley, diario del 31/05/2001, pp. 1 a 4; y VANOSI, Jorge Reinaldo; “La jurisdicción universal y el principio de territorialidad desde la perspectiva del Derecho Constitucional Argentino”; en El Derecho, diario del 28/11/2001, pp. 3 a 5.

<sup>43</sup> QUITANO RIPOLÉS, Antonio; Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal; Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid, 1957; Tomo II, p. 97.

citado. Si bien en el segundo inciso pareciera hacerse referencia al criterio de la nacionalidad, la doctrina especializada apunta que se trata también de una aplicación del principio real o de defensa, porque aquello que busca protegerse es la función que desarrollan estas personas y los intereses que posee la Nación en su efectivo cumplimiento<sup>44</sup>.

La Ley 26.200 los reitera sin cambios en su art. 3º, incisos a) y b). Es de destacar que hubiera sido conveniente modificar el segundo inciso, ya que de su redacción parecería desprenderse que los únicos incluidos son los “agentes o empleados” de autoridades, pero no las autoridades mismas. La novedad se aprecia en los incisos c) y d), en los cuales se extiende la aplicación de la ley “a los delitos cometidos fuera del territorio argentino por nacionales argentinos o por personas domiciliadas en la República Argentina, siempre que el imputado no haya sido absuelto o condenado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la pena” y “en los casos previstos en convenios internacionales de los que la República Argentina es parte”. A través del primero de los incisos transcritos, nuestro país amplía el ámbito de su jurisdicción, incluyendo el principio de la nacionalidad. Por supuesto, se mantiene a resguardo la regla *non bis in idem*, ya que la ley no se aplicará si el acusado ya hubiera sido condenado o absuelto por el mismo hecho. En el inciso d) del art. 3º se hace una referencia general a los tratados internacionales en los cuales se haya facultado a los Estados a ejercer su jurisdicción. Si bien se trata de una remisión amplia, creemos que la redacción es conveniente para el alcance abarcativo que requiere la materia.

Respecto de la situación prevista en el art. 4º, que consagra la regla *aut dedere aut iudicare*, entendemos que ésta abarca aquellos supuestos en que los principios previstos en el art. 3º no son aplicables al caso. El artículo indica que si en lugares sometidos a jurisdicción argentina se encuentra una persona sospechada de haber cometido un delito, nuestro país debe proceder a extraditarla o entregarla a la CPI, como primera opción, o ejercer su jurisdicción, como opción secundaria. Si bien el artículo no lo menciona con esas palabras, el orden de prelación se desprende de una simple lectura del texto. Como se dijo, se trataría de supuestos donde, en principio, la Argentina no puede ejercer jurisdicción conforme lo establece el art. 3º de la ley. Un ejemplo sería que la persona acusada que se

<sup>44</sup> BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.); *op. cit.*; pp. 21 y 22.

encuentra en nuestro territorio no es de nacionalidad argentina y los delitos habrían sido cometidos en el extranjero. Mediante la aplicación del art. 4º –y siempre que no existieran órdenes de extradición o entrega– la Argentina puede extender su jurisdicción. Ello, teniendo en cuenta el espíritu y la letra del Estatuto, que busca evitar que los autores de estos graves delitos internacionales puedan quedar sin castigo por el mero hecho de atravesar un límite interestatal<sup>45</sup>.

Por último, se debe señalar que este artículo podría interpretarse en sentido de habilitar el principio de universalidad que antes mencionábamos. Si se planteara en un caso concreto, este ejercicio de la jurisdicción debería ser cauteloso, atento a que la práctica internacional aún no se halla consolidada en este aspecto.

En el art. 5º de la ley se determina la competencia de los Tribunales Federales para entender en todos los delitos previstos en el Estatuto. En el proyecto del año 2002, se indicaba que, para los crímenes de guerra, correspondía la jurisdicción militar si el imputado revestía esa calidad y había actuado en tal carácter. La eliminación en el texto actual de esta jurisdicción especial es positiva. La existencia de tribunales militares puede considerarse correcta pero, al tratarse de delitos de gravedad internacional, y no de una falta de servicio, creemos que este principio de especialidad (o de “tribunal de pares”) debe ceder a favor de un ámbito más objetivo que facilite el esclarecimiento de los hechos y el castigo de sus responsables<sup>46</sup>.

En el artículo final del Título Primero se enumeran las normas que se aplican de manera supletoria a la ley. En primer lugar, se menciona a los “principios y reglas del derecho penal internacional”. Sin pretender realizar un listado exhaustivo, en el propio Estatuto se menciona a algunos a

<sup>45</sup> La expresa inclusión del principio “extraditar o juzgar” en las normas de implementación aparece recomendado por diversos autores. Entre ellos se puede citar a GUARIGLIA, Fabricio; “Creación de la Corte Penal Internacional: algunos aspectos del Estatuto de Roma”; en Revista Jurídica de Buenos Aires, año 1998, vol. 1/ 2, pp. 41 a 54; y FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A.; “La Corte Penal Internacional: un avance en la lucha contra la impunidad”; en Revista Jurídica de Buenos Aires, año 2002/03, pp. 143 a 158.

<sup>46</sup> Cabe añadir que la Ley 26.394 (sancionada el 06/08/2008 y publicada en el Boletín Oficial el 29/08/2008) derogó el Código de Justicia Militar modificando, asimismo, el Código Penal para tipificar diversas figuras vinculadas a los efectivos militares. En la misma norma se aprobaron otros instrumentos complementarios, como el “Procedimiento penal militar para tiempo de guerra y otros conflictos armados” y el “Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas”.

partir de su art. 22, aunque allí son agrupados con el nombre de “principios generales de derecho penal”. Se puede interpretar que se trata de principios del derecho penal interno de los diferentes Estados, concordantes entre sí, y que, por ello, pueden aplicarse a las relaciones mutuas en esta materia. De manera ejemplificativa, podemos mencionar la presunción de inocencia, garantía de defensa en juicio, irretroactividad de la ley, *in dubio pro reo*, garantía del juez natural, *non bis in idem*, prohibición de la analogía, inviolabilidad de la persona y sus pertenencias, entre otros. En cada caso, el juez interviniente deberá resguardar su aplicación, cuidando que el fin último de hallar y condenar a los culpables no justifique dejar de lado principios y garantías de tanta magnitud. Sobre este punto, la actividad de la Corte y de la Asamblea de los Estados Parte será esencial para lograr una evolución en la materia y alcanzar una enumeración más completa y detallada que la transcripta *supra*. Las restantes normas supletorias que se mencionan son los “principios generales del derecho argentino” y las disposiciones de los Códigos Penal y Procesal Penal de la Nación.

Por último, se destaca en la enumeración de normas supletorias una deficiencia en cuanto a la técnica legislativa, ya que hubiese sido más lógico empezar la enunciación con las normas particulares, es decir, los Códigos, luego, los principios de derecho penal internacional (que son más generales que las codificaciones, aunque referidos a una materia específica) y, por último, los principios del derecho argentino, por tratarse de normas aún más generales y que hacen referencia a todo nuestro ordenamiento jurídico.

### 2.b) Título Segundo

El Título se inicia con una aclaración de alcance general, similar a aquella del artículo 2º *in fine*, al establecer que las referencias del Estatuto a la “reclusión” como una forma de pena, serán entendidas como “prisión”. Esto excluye, sólo para los tres delitos tipificados, una de las penas previstas en nuestro Código Penal, en sus arts. 5º y 6º. No ocurría así en el proyecto del año 2002, donde se contemplaba la aplicación tanto de reclusión como de prisión.

En los arts. 8º, 9º y 10 de la ley se establece la escala de las penas para los delitos tipificados en el Estatuto. Para el genocidio, de 5 a 25 años de prisión, mientras que para los crímenes de lesa humanidad y de guerra, de 3 a 25 años de prisión. En los tres casos, si de los hechos



realizados se deriva la muerte de una o más personas, corresponde aplicar la prisión perpetua.

Recordemos que, en este tópico, el Estatuto no establece una pena mínima a ser aplicada por la Corte, sino sólo un máximo de reclusión de 30 años o la misma condena a perpetuidad, si la gravedad del hecho lo amerita (art. 77). No obstante, dado el carácter complementario de la intervención de la Corte, en el art. 80 se determina que esa graduación de la pena no se entenderá como contraria a la que determinen los Estados Parte en su legislación interna. De cualquier modo, el art. 12 de la ley indica que la pena que resulte aplicable a los delitos en estudio no puede ser inferior a la que resultaría de aplicar las disposiciones del Código Penal. Por último, con relación a la graduación de las penas, se declara que resultan de aplicación los arts. 78 del Estatuto y 41 del Código Penal.

En el art. 10 de la ley se establecen dos aclaraciones, que introducen sendas novedades con relación al texto del Estatuto.

En primer lugar, se eleva de 15 años a 18 años la edad de las personas consideradas “menores”, es decir que la jurisdicción argentina sólo se aplicará a los mayores de esa edad. Lo antedicho concuerda con la tradicional posición argentina sobre el tema, en materia de protección de la minoridad. Por ejemplo, al momento de aprobarse en el Congreso Nacional la Convención sobre los Derechos del Niño, se indicó al Poder Ejecutivo la necesidad de efectuar una declaración en los siguientes términos: “Con relación al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”<sup>47</sup>. Asimismo, en el Protocolo Facultativo relativo a la Participación de los Niños en Conflictos Armados se reafirman estos principios protectorios, al prohibir a los Estados Parte el reclutamiento obligatorio en sus fuerzas armadas de menores de 18 años<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Conforme el artículo 2º de la Ley 23.849, sancionada el 27/09/1990, promulgada de hecho el 16/10/1990 y publicada en el Boletín Oficial el 22/10/1990. La declaración solicitada por el Congreso fue presentada internacionalmente por Argentina, conforme surge del sitio web de la Colección de Tratados de las Naciones Unidas (UN Treaty Collection) <[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en)> (Acceso el 01/07/2009).

<sup>48</sup> El Protocolo fue aprobado por la Ley 25.616, sancionada el 17/07/2002, promulgada de hecho el 09/08/2002 y publicada en el Boletín Oficial el 12/08/2002. La ratificación internacional se efectuó el 10/09/2002.

En segundo lugar, la ley aclara que hacer padecer hambre a la población será considerado como elemento tipificante de los crímenes de guerra, tanto para los conflictos internacionales como para aquellos que no revisiten esta naturaleza.

En el art. 11° se establece el principio de imprescriptibilidad de la acción y la pena para los delitos contemplados, así como también la de aquellos que en el futuro recaigan dentro de la competencia de la Corte. Sobre este punto, la norma de implementación mantiene el criterio ya sustentado por nuestro país en la materia, que a través de la Ley 24.584 había aprobado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. En junio de 2003 este tratado fue ratificado internacionalmente y el Congreso Nacional se expidió nuevamente al otorgarle jerarquía constitucional, mediante la Ley 25.778.<sup>49</sup>

Por último, en el art. 13, con una redacción un tanto confusa, se indica que los delitos no pueden ser aplicados en violación al principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional. La primera crítica que se puede realizar es que resulta errónea la idea de “aplicar delitos” que contiene la frase; seguramente, la ley intentaba expresar que el juzgamiento de los hechos delictivos en estudio se realizaría respetando el principio de legalidad. Por otra parte, entendemos que este artículo carece de aplicación práctica, por los motivos que se exponen seguidamente. Conforme lo establecido por el art. 27 de la Constitución, los tratados que suscriba nuestro país deben estar en conformidad con los principios de derecho público de nuestra Ley Fundamental, entre los que se encuentra el principio de legalidad del art. 18. Es más, a pesar de una primera jurisprudencia que parecía haber privilegiado la jerarquía de los tratados sobre la Constitución<sup>50</sup>, a partir del caso “Fibraca Constructora SCA v. Comisión Técnica Mixta

<sup>49</sup> La Ley 24.584 fue sancionada el 01/11/1995, promulgada el 23/11/1995 y publicada en el Boletín Oficial el 29/11/1995. Por su parte, la Ley 25.778 fue sancionada el 20/08/2003, promulgada el 02/09/2003 y publicada el 03/09/2003.

<sup>50</sup> En el ya mencionado caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, se establece: “Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27.” (Voto de la mayoría, considerando N° 19). De la forma en que se planteaba este principio, podía desprenderse que los tratados tenían preeminencia sobre todo el derecho interno, incluso sobre la Constitución Nacional.

de Salto Grande” se reafirmó la preeminencia del texto constitucional.<sup>51</sup> Este requisito de validez interna para los instrumentos internacionales no fue modificado por la Reforma de 1994. Por ello, si alguna disposición del Estatuto estuviera en contra de esos principios, o pudiera interpretarse en ese sentido, el acuerdo internacional o la cláusula involucrada no tendrían validez en nuestro derecho interno<sup>52</sup>.

Además del argumento anterior, se debe suponer que tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo han tenido en cuenta la compatibilidad entre nuestra Carta Magna y el tratado que negociaron, aprobaron y ratificaron. Esa especie de “comprobación de validez” o “examen de legalidad” ya fue hecho oportunamente, por lo cual, reiteramos, el art. 13 de la ley de implementación deviene inaplicable.

### 2.c) *Título Tercero*

El Título Tercero regula los delitos contra la administración de justicia, los cuales abarcan todos aquellos actos que tienen por objetivo impedir u obstaculizar el accionar del Tribunal, o afectar personalmente a los testigos o funcionarios. En este Título se introduce, puntualmente, lo establecido en el art. 70.4 del Estatuto, conforme lo ya mencionado en el apartado 3.2 de este trabajo.

Recordemos que el ejercicio de la jurisdicción argentina sobre estos ilícitos implica que se reúnan también las condiciones determinadas en los arts. 3º y 4º de la ley. Es decir que estos delitos deben, por ejemplo, cometerse en territorios sujetos a nuestra jurisdicción, o ser realizados por nacionales argentinos, entre otros requisitos.

La tipificación de los delitos es clara, por lo cual no requiere consideraciones particulares. Sí puede indicarse una omisión en los arts. 17 y 20, que se refieren, respectivamente, a las represalias contra testigos y al atentado contra funcionarios de la Corte. En ambos casos, se debería haber

<sup>51</sup> Sentencia del 07/07/1993, donde se indica que “La necesaria aplicación de este artículo [27 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados] impone a los órganos del Estado Argentino –una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales– asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria.” (Fallos 316: 1669, considerando N° 3).

<sup>52</sup> Sin embargo, esta interpretación dejaría latente el problema de la eventual responsabilidad internacional del Estado argentino, ya que no es posible invocar cuestiones de derecho interno como causal de incumplimiento de un tratado.

incluido una cláusula mediante la cual se estipule que, si como consecuencia del hecho violento se produjera la muerte de la persona protegida, la pena aplicable se elevaría hasta un monto determinado.

Solamente respecto de uno de los delitos presentaríamos objeciones, y es el contemplado en el art. 21: el llamado “soborno” del funcionario de la Corte que, tal como afirmáramos *supra*, debió denominarse “cohecho”. Estas personas gozan de inmunidad de jurisdicción en el territorio de los Estados Parte del Estatuto, como una forma de garantizar el libre ejercicio de sus tareas. Por ello, resultaría estéril el intento de aplicar coactivamente la ley local sobre ellos, más teniendo en cuenta la existencia de un Acuerdo específico que regula el alcance de esta exención jurisdiccional<sup>53</sup>. De lo antedicho se concluye que este delito debería ser regulado exclusivamente por las reglas internas de la Corte, que tiene la capacidad para analizar la conducta de sus funcionarios, en conjunción con la Asamblea de Estados Parte<sup>54</sup>.

#### 2.d) Título Cuarto

En el Título Cuarto, el más extenso de la ley, se describen las diversas formas de cooperación con el Tribunal, es decir, la interacción entre éste y las autoridades nacionales. Cada uno de los Capítulos en que se lo ha dividido regula una forma de cooperación, a lo que nos referiremos seguidamente.

<sup>53</sup> En el ya mencionado Acuerdo de Nueva York sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional. Sobre el tema de la inmunidad de los funcionarios internacionales puede consultarse a DEÁK, Francis; “Órganos del Estado en sus relaciones exteriores: inmunidades y privilegios del Estado y sus órganos”; en SORENSEN, Max (Ed.); *op. cit.*; p. 441 y ss.; DEL CASTILLO, Lilian; “Los Agentes Internacionales ante los Tribunales Nacionales”; en *El Derecho*, diario del 11/07/2000, pp. 1 a 4; y CASTILLO ARGANARÁS, Luis F.; “Prerrogativas e inmunidades de las Organizaciones Internacionales. Opinión Consultiva de la C.I.J. en el caso ‘Dimitri Mazilu’”; en SABIA DE BARBERIS, Gladys (Coord.); *La evolución del derecho internacional a través de los Organismos Internacionales*; Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 2002; p. 29 y ss.

<sup>54</sup> Aunque no menciona la palabra “cohecho”, el Reglamento del Personal de la Corte (“Staff Regulations”), aprobado el 12/09/2003 señala en su Regla 1.2(k) que el empleado no puede recibir honores, obsequios o remuneraciones sin autorización. Asimismo, el Código de Ética Judicial, aprobado en enero de 2005, contiene en su art. 5° las reglas correspondientes a la integridad, donde se indica que los jueces de la Corte no aceptarán en forma directa o indirecta regalos, ventajas, privilegios o recompensas que puedan tener por objeto influir en su tarea.

En el Capítulo Primero se determina quiénes son las autoridades competentes para aplicar las disposiciones en estudio: el Poder Ejecutivo (debió agregarse “Nacional”) y los órganos de la Justicia Federal con competencia en lo penal. Recordemos que estos últimos también son competentes para juzgar los delitos tipificados en el Estatuto, conforme el art. 5° de la ley. Además, se indica que las comunicaciones que se realicen entre nuestro país y la Corte serán efectuadas por vía diplomática.

Este último punto fue informado al Secretario General de la ONU, a través de una nota de fecha 26/01/2005, en los siguientes términos:

“De acuerdo al art. 87, parágrafo 1 (a) del Estatuto de Roma, el Gobierno Argentino desea informar al Secretario General, en su calidad de depositario del Estatuto de Roma, que ha elegido la vía diplomática como el canal de comunicación. A tal efecto, las comunicaciones de la Corte Penal Internacional deberán ser dirigidas a la Embajada de la República Argentina en La Haya, la cual las transmitirá al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y, a través de ese Ministerio, a las autoridades locales pertinentes, cuando sea necesario”<sup>55</sup>.

Las autoridades de la Embajada argentina en el Reino de Holanda actuarán, entonces, como enlace entre el Poder Ejecutivo Nacional —en adelante, PEN— y el Tribunal. Cabe agregar en este punto que, conforme a lo determinado por el art. 87, parágrafo 2, del Estatuto, nuestro país ha indicado a la Corte que las comunicaciones en materia de cooperación deberán ser hechas en idioma español.

El Capítulo Segundo se refiere a la remisión de las actuaciones a la Corte o la impugnación de su competencia. En primer lugar, se determina que el PEN está facultado para presentar un caso ante el Fiscal de la Corte e impulsar su investigación. Segundo, si es el Fiscal quien avisa al Estado argentino de la existencia de hechos que podrían encuadrarse en los delitos de su competencia, el PEN debe solicitar toda la información del caso a la Procuración General de la Nación, a las Cámaras Federales con competencia en lo penal y “...a quienes estime conveniente en cada caso...” (art. 25). Esto último permite, por ejemplo, solicitar información a los gobernadores de las

<sup>55</sup>Texto disponible en el sitio web de la Colección de Tratados de las Naciones Unidas (UN Treaty Collection) <[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en)> (Acceso el 01/07/2009).

Provincias, por ser éstos agentes naturales del Gobierno Federal, conforme el art. 128 de la Constitución Nacional. Si de los datos obtenidos resulta que la Argentina ejerció su jurisdicción, lo está haciendo o, con motivo del aviso del Fiscal, lo ha empezado a hacer, el PEN debe decidir si solicita la inhibición de este funcionario de la Corte, manteniendo la competencia de la justicia nacional. En cambio, si la respuesta obtenida demuestra que no se ha ejercido, ni se está ejerciendo actualmente jurisdicción, el PEN dará aviso de esta circunstancia al Fiscal o a la Corte. El inc. 4° de este art. 25, agrega a lo anterior la expresión "...ni se ejercerá la jurisdicción argentina..." Creemos que esta frase es incorrecta; en primer lugar, porque pareciera una renuncia anticipada a la potestad argentina de hacer cumplir el derecho vigente. En segundo lugar, porque el Fiscal o la Corte, al recibir la comunicación, pueden sugerir que sea nuestro Estado quien realice la investigación y el eventual juzgamiento, con lo cual, esa renuncia a futuro no es válida. Hubiera resultado más adecuado, por tanto, omitir dicho agregado.

Por otra parte, en el art. 26 de la ley se determina que el PEN puede impugnar la competencia de la CPI, cuando la justicia argentina se encuentre interviniendo, se haya dictado un sobreseimiento o ya hubiere una sentencia (se entiende que puede ser absolutoria o condenatoria). El art. 27 de este Capítulo contiene una disposición con la cual no coincidimos, ya que desvirtúa los principios fundamentales del Estatuto de Roma. Allí se indica que, si a pesar de haber impugnado la competencia del Tribunal o del Fiscal, estos deciden proseguir la investigación, los tribunales argentinos deben inhibirse a favor de ellos y remitir las actuaciones. Si partimos de la base de considerar la jurisdicción de la Corte como complementaria, y de sostener que son los Estados los responsables primarios del juzgamiento, entonces debe seguirse que, en caso de conflicto de jurisdicción, debería prevalecer aquella que corresponde a los tribunales locales. El art. 27, no obstante, contiene la cláusula en sentido contrario. Se ha creado un principio que podría denominarse *in dubio pro Corte*, si se nos permite esta expresión. Por supuesto, no es que rechazemos la intervención del Tribunal; por el contrario, nuestra opinión sigue siendo muy favorable a éste. Sin embargo, debe recordarse cuáles son las reglas básicas que sustentan su actuación y tener siempre presente el mentado principio de complementariedad, enunciado en el Estatuto ya desde su Preámbulo.

El breve Capítulo Tercero indica cómo serán elegidos los candidatos para magistrados de la CPI y los representantes argentinos en la

Asamblea de los Estados Parte. Para el primer caso, se deben seguir las disposiciones del art. 99, inc. 4º, de la Constitución Nacional, el cual determina el modo de designar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recordemos también que el art. 111 de nuestra Carta Magna, en conjunción con el N° 55, determina que el candidato debe ser abogado con ocho años como mínimo de ejercicio, tener 30 años de edad, haber sido seis años ciudadano de la Nación y, en teoría, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes. Podría agregarse a este Capítulo una referencia a la legislación reglamentaria de la Constitución, teniendo en cuenta que, mediante el Decreto 222/2003, se innovó en el procedimiento para seleccionar a los jueces de nuestra Corte<sup>56</sup>. Esta norma determina que, una vez propuesto un candidato por el Poder Ejecutivo Nacional, se debe abrir un registro de opiniones públicas sobre éste. Así, el ámbito académico, científico, cultural y cualquier particular pueden hacer llegar su opinión en la materia. Una vez vencido el plazo para estas presentaciones, el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos evalúa la información recabada y, si decide mantener la candidatura, remite el pliego al Senado de la Nación, para solicitar su acuerdo. Por su parte, para nombrar a los representantes argentinos en la Asamblea se siguen los lineamientos previstos para la designación de embajadores: a propuesta del PEN, con el respectivo acuerdo del Senado, conforme lo determina el art. 99, inc. 7º, de la Constitución.

En el Capítulo Cuarto se desarrolla *in extenso* el delicado tema de los pedidos de detención y entrega de personas. Al recibir una solicitud, el PEN debe, previamente, analizar si ésta cumple con los requisitos formales exigidos en el Estatuto, en los arts. 91 y 92. Si encuentra dificultades debe, inmediatamente, iniciar consultas con la Corte, a fin de determinar el mejor modo de solucionar el inconveniente. En caso que la solicitud sea correcta, debe ser remitida a la autoridad judicial competente, la cual, según el art. 31 de la ley, librará la orden de detención. De la redacción de este artículo no surge que el juez tenga la posibilidad de analizar la solicitud, por lo cual parecería una intromisión del PEN en competencias propias del Poder Judicial. Para agravar esta circunstancia, cabe señalar que la orden tiene por objeto restringir la libertad de una persona, deci-

<sup>56</sup> Decreto 222 de fecha 19/06/2003, publicado en el Boletín Oficial del 20/06/2003.

sión que quedaría en cabeza del órgano político, sin contralor judicial. Esta potestad exorbitante del PEN aparece algo morigerada en el art. 32 de la ley, donde se establece la potestad del juez de verificar, *a posteriori*, la identidad del detenido, el contenido del pedido emitido por la CPI y el cumplimiento de lo normado por el art. 59.2 del Estatuto (procedimiento de detención).

Si se reciben solicitudes concurrentes, emitidas por la Corte y por otro Estado sobre la misma persona, el PEN debe adoptar una decisión siguiendo las pautas previstas en el Estatuto, en su art. 90. Si se procede a la extradición a otro Estado, se debe tener en cuenta el pertinente tratado bilateral y, en caso que no exista este tipo de instrumento legal, las disposiciones de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal N° 24.767, del año 1996. Otras dos posibilidades contempladas en este Capítulo son la entrega de personas en tránsito y la entrega temporal. En el primer caso, el detenido atraviesa territorio argentino desde otro Estado y en camino hacia la Corte. En este supuesto, el PEN debe disponer lo necesario para colaborar con el traslado, definiéndose al Servicio Penitenciario Federal como el ente encargado de hacer cumplir la detención. En el segundo caso previsto, solamente se indica que el PEN efectuará consultas con la Corte para determinar el modo en que se realizará la entrega temporal.

El Capítulo Quinto desarrolla diversas formas de colaboración entre nuestro país y la Corte. Los pedidos de cooperación, determinados en el art. 93 del Estatuto, se regulan en el art. 40 de la ley. El PEN debe determinar si la solicitud presenta los requisitos formales necesarios y, en caso afirmativo, debe remitirla a la autoridad que corresponda para obtener una rápida respuesta. Al final de este art. 40 se indica, a nuestro modo de ver, erróneamente, que el PEN indicará a la CPI cuál es el órgano estatal que se encuentra tramitando la solicitud. Creemos que esto carece de relevancia para la Corte, ya que, al ser el PEN el encargado de llevar adelante las relaciones con el Tribunal, éste es el responsable de dar respuesta a sus pedidos. De ningún modo la Corte podría dirigirse directamente a esa dependencia que se encuentra trabajando en la solicitud, para pedir más información o rectificar un pedido anterior. La comunicación es siempre por vía diplomática y directa entre el PEN y la Corte, como se dijo anteriormente. De esta manera, en caso de incurrir en demoras en responder un pedido, el responsable de ello sería el PEN, el cual debe extremar las medidas para que las dependencias que tramiten las solici-



tudes les otorguen carácter de preferente despacho. En última instancia, la falta de cumplimiento de esta obligación –o la demora injustificada en hacerlo– genera responsabilidad del Estado argentino, sin importar cuál de sus dependencias se encuentre efectivamente involucrada.

El art. 41 recepta un principio contenido en el art. 93.3 del Estatuto, que consiste en la posibilidad de que el cumplimiento de una solicitud de la Corte pueda afectar algún “principio fundamental de derecho existente en la legislación interna y que es de aplicación general”. En el caso de la Argentina, podría tratarse de los principios de derecho público que indica la Constitución en su art. 27. Esto no es excluyente de otras pautas que puedan ser consideradas fundamentales, aunque resulta apresurado arriesgar, en forma teórica, de cuáles podría tratarse. Por otra parte, en el art. 42 de la ley también se encuentra una limitación a la asistencia y cooperación: la “seguridad nacional”. Si ésta es afectada por la información que la Corte solicita, el PEN puede denegarla. Solamente se contempla una condición muy importante, que es la previa definición de este concepto por una ley del Congreso. Al respecto, cabe señalar un grueso error de los redactores del proyecto, que no fue advertido por los legisladores. En nuestro país no se utiliza la denominación “seguridad nacional”, sino que fue remplazada por “defensa nacional” (Ley 23.554, del año 1988) y “seguridad interior” (Ley 24.059, del año 1991). Una alternativa de redacción se encuentra en el artículo 10 de la Ley 24.767, que permite rechazar un pedido de extradición “...cuando existan especiales razones de soberanía nacional, seguridad u orden público u otros intereses esenciales para la Argentina...”

En cualquiera de los casos estudiados, ante una negativa a dar curso a la solicitud, esta circunstancia debe ser comunicada de manera inmediata a la Corte o al Fiscal. Finalmente, el art. 44 determina que este último funcionario puede ejecutar medidas dentro de su competencia en el territorio argentino, siempre que ellas no impliquen actos coercitivos.

El Capítulo Sexto, referido a los recursos, posee un sólo artículo en que se determina –a nuestro modo de ver, injustificadamente– que la apelación de las decisiones adoptadas por el juez federal tramitará ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A pesar que los delitos abarcados por la ley son de extrema gravedad y podrían requerir un tratamiento diferenciado de aquellos tipificados en el Código Penal, no por ello debe alterarse el tratamiento procesal regular para esta materia. La ley debería establecer, simplemente, que las apelaciones se realicen ante la Cámara

Federal que corresponda. La Corte Suprema es un tribunal para casos excepcionales y el acceso a ésta debería mantenerse acotado<sup>57</sup>.

El Capítulo Séptimo establece la previsión presupuestaria de los gastos que se deriven de la aplicación del Estatuto, como el pago de la cuota que corresponde a nuestro país como integrante de la Asamblea de los Estados Parte y de cualquier forma de cooperación con la Corte. Esta disposición se adecua a la normativa vigente en la materia<sup>58</sup>. Hubiera sido importante agregar un párrafo que prevea que si el monto asignado en el presupuesto anual fuera insuficiente, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto solicitará su ampliación a la Jefatura de Gabinete de Ministros, debiendo darse prioridad al requerimiento.

El Capítulo Octavo es el último que contiene disposiciones de fondo, regulando lo atinente a la ejecución de las penas. La decisión de integrar la lista de Estados que aceptan la recepción de condenados queda a criterio del PEN, el cual debe acordar con la Corte el modo en que estas medidas serán implementadas en cada caso. Junto con lo antedicho, se establece que el Servicio Penitenciario Federal será el órgano de ejecución de las sentencias, en lo que se refiere a la pena de prisión. Si la decisión emitida por la Corte incluye la imposición de multas, decomiso u otras de similar carácter, el PEN debe remitir la documentación al órgano judicial pertinente, el cual será encargado de llevar adelante la ejecución “...en forma directa y sin procedimiento de exequátur”. Nuevamente, no coincidimos con la idea de una aplicación directa de las medidas de ejecución dictadas por la Corte. Sería preferible que el Poder Judicial se encuentre autorizado a analizar el pedido, ello teniendo en cuenta lo expuesto en la ley, en su art. 41, y en el Estatuto, en el art. 93.3.

El Capítulo Noveno contiene los últimos artículos de la ley, resultando importante el N° 50, que expresa que las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos de los Crímenes deben ser publicados en el Boletín Oficial. De todas maneras, este tipo de disposiciones no serían necesarias teniendo

<sup>57</sup> La propia Corte Suprema ha intentado reducir la cantidad de causas que le son enviadas para su conocimiento, tanto en forma originaria (ver los argumentos en las causas “Provincia de Entre Ríos c/ Amado, Héctor y otra s/ daños y perjuicios”, de fecha 17/02/2009 y “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios”, de fecha 21/03/2006) como por recursos (aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

<sup>58</sup> En particular, Las leyes 11.672, Complementaria Permanente de Presupuesto, y 24.156, de Administración Financiera y Sistemas de Control.

en cuenta la previsión general de la Ley 24.080. En ella se establece la obligatoriedad de la publicación de todo tipo de actos emanados de la política exterior de la Argentina, tales como textos de tratados, ratificaciones y entrada en vigencia de instrumentos internacionales, entre otros. Así, los actos mencionados en este artículo, al ser complementarios del Estatuto de Roma, siguen la regla determinada en la mencionada Ley 24.080.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

La creación de la Corte Penal Internacional es la concreción de un esfuerzo de larga data. Por ello, los Estados han asumido fuertes compromisos respecto del Estatuto de Roma, con la intención de llevar a la práctica sus disposiciones. En este sentido, la manifestación del consentimiento en obligarse por este tratado fue para ellos solamente un primer paso. El trabajo posterior es muy arduo, ya que implica una revisión total del derecho penal y procesal penal interno, a fin de adecuarlo a las exigencias internacionales.

En esta investigación nos hemos centrado en estos procedimientos internos, conforme fueron realizados por la Argentina. Es destacable que en todas las iniciativas locales, desde el trabajo de la Comisión Interministerial del Poder Ejecutivo hasta los proyectos de ley por el Congreso, se advierta un esfuerzo por compatibilizar el derecho argentino (incluyendo los principios de derecho público constitucionales) con las tipificaciones penales y los mecanismos de cooperación del Estatuto. Se ha buscado un equilibrio adecuado entre el derecho interno y el internacional, planteándolos como subsistemas de un único ordenamiento jurídico, que deben relacionarse en forma armoniosa.

En este sentido, cabe destacar que, desde un punto de vista teórico, nuestra ley refleja adecuadamente las obligaciones internacionales asumidas, conforme la clasificación descripta en el apartado 3 de este trabajo. Los delitos de competencia de la Corte son tipificados respetando la redacción original del Tratado y agregando el monto mínimo y máximo de la pena para cada uno de ellos. Asimismo, se extiende el ámbito de aplicación de la jurisdicción argentina, para facilitar el cumplimiento de los objetivos fijados en el Preámbulo del Estatuto, respecto de someter a la justicia a los responsables de los crímenes internacionales. También se crean tipificaciones especiales para proteger la actividad del Tribunal, tanto respecto de sus funcionarios como de los testigos que intervienen en el proceso. Por último,

otro punto destacable de la ley es que regula con detalle las formas de cooperación con la Corte y con terceros Estados, en ambos casos, dejando un margen de apreciación razonable a las autoridades nacionales. Las otras categorías de obligaciones, referidas a la participación en la Asamblea de los Estados Parte y el cumplimiento de normas consuetudinarias, escapan a los objetivos de la Ley de Implementación.

De esta manera, puede decirse que la Ley 26.200 marca la finalización de una etapa, pero no del camino. Todavía queda pendiente el análisis de la aplicación de estos mecanismos en un caso concreto, para conocer si la implementación del Estatuto fue realmente adecuada, o si ésta requiere modificaciones para mejorar su efectividad.

Más allá del marco normativo que hemos analizado, sabemos que existe un cierto escepticismo frente a las reales posibilidades de la CPI de aplicar su jurisdicción. Además de algunas limitaciones intrínsecas, que pueden encontrarse en cualquier tribunal, interno o internacional, aparecen otros impedimentos ajenos a la propia Corte. Por un lado, algunos de los Estados Parte han sido reticentes a dictar las medidas necesarias para la efectiva aplicación del Estatuto. Por otro lado, varios países han decidido obstaculizar, en todo lo posible, la actividad del Tribunal, por considerarla contraria a sus intereses nacionales. Estas circunstancias podrían, incidir en su efectividad, sin afectar la autonomía de la CPI – como mencionamos en las Consideraciones preliminares de este trabajo. Es por ello que Eric David se ha referido a la CPI como “una institución que depende de la buena voluntad de los Estados”<sup>59</sup>. También se ha puesto en duda la supuesta vinculación entre el funcionamiento del Tribunal y la subjetividad internacional del individuo, diluyendo, de esta manera, la posibilidad de atribuirles responsabilidad directa por la comisión de crímenes aberrantes. En este sentido, para Francisco Rezek el sistema del Estatuto confirma “...la falta de una relación inmediata entre el individuo y el derecho de gentes: el ejercicio efectivo de la jurisdicción del tribunal presupone el consentimiento... del Estado territorial del delito o del Estado de nacionalidad del acusado, incluso de ambos”<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> DAVID, Éric; “La Cour Pénale Internationale”; en *The Hague Academy of International Law, Recueil des Cours*, vol. 313 (2005), pp. 325 a 454. El autor indica que: “La sumisión de la CPI a la buena voluntad de los Estados se manifiesta principalmente en su modo de creación, sus posibilidades de acción y la cooperación con los Estados” (*op. cit.*, p. 337).

<sup>60</sup> REZEK, José Francisco; *Direito Internacional Público: curso elementar*; Editora Saraiva, Sao Paulo, 2008 (11ª edição, revista e atualizada); p. 157.

A pesar de dificultades y críticas señaladas, creemos que el trabajo en pos de la responsabilidad individual de los criminales internacionales debe continuar. Es importante recordar que la mera existencia de las normas no garantiza su cumplimiento. Se necesita la voluntad de los particulares y los Estados para hacerlas efectivas; y, en el ámbito internacional, nos encontramos con la característica de que el mismo sujeto que elabora las normas es también su destinatario. Nada podrá ser hecho sin la participación de los Estados, y si la voluntad de éstos es reticente, las normas internacionales poco podrán hacer por sí mismas.

Cabe concluir señalando que, aunque otros países hayan decidido limitar su participación, la Argentina debe seguir adelante con su esfuerzo y cooperar plenamente con la Corte Penal Internacional. Es una consecuencia lógica de nuestra tradición en la materia, ya descrita por uno de sus precursores, Juan Bautista Alberdi:

“La responsabilidad penal será al fin el único medio eficaz de prevenir el crimen de la guerra, como lo es de todos los crímenes en general. (...) Mientras los autores principales del crimen de la guerra gocen de inmunidad y privilegios para perpetrarlo en nombre de la justicia y de la ley, la guerra no tendrá ninguna razón para dejar de existir. Ella se repetirá eternamente como los actos ilícitos de la vida ordinaria”<sup>61</sup>.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

### 1. Libros, artículos y trabajos disponibles en Internet

ALBERDI, Juan Bautista; *El crimen de la guerra. El gigante Amapolas*; Editorial y Librería Los Creadores, Buenos Aires, 1984.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo; “Jurisdicción y competencia”; en *La Ley*, tomo 1985-C, pp. 1133 a 1146.

AMBOS, Kai; *La Corte Penal Internacional*; Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.

AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel y WOISCHNIK, Jan (Dir.); *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del estatuto*

<sup>61</sup> ALBERDI, Juan Bautista; *El crimen de la guerra. El gigante Amapolas*; Editorial y Librería Los Creadores, Buenos Aires, 1984; p. 79.

- de Roma de la Corte Penal Internacional: contribuciones de América Latina y Alemania; Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL; “Corte Penal Internacional: Lista de requisitos para la aplicación efectiva del Estatuto de Roma (julio de 2000)”; publicado online en el sitio de la organización <<http://www.amnesty.org/es/library/info/IOR40/011/2000>> (Acceso el 20/06/2009).
- : “Memorial presentado por Amnesty International y Human Rights Watch a la Comisión Interministerial argentina de implementación del Estatuto de Roma”; publicado online en el sitio de la organización <<http://web.archive.org/web/20021019114043/>> <<http://www.amnesty.org.ar/archivos/memorial.html>> (Acceso el 20/06/2009).
- ANELLO, Carolina Susana; Corte Penal Internacional, creada por el Estatuto de Roma (17/7/98); Editorial Universidad, Buenos Aires, 2003.
- ARCAGNI, José Carlos; “Jurisdicción internacional concurrente en materia de delitos internacionales”; en *La Ley*, diario del 01/11/2000, pp. 1 y 2.
- ARMAS PFIRTER, Frida, BARBERIS, Julio y QUEROL, María; Cuadernos de Derecho Internacional N° 1: Sujetos del derecho de gentes; Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1999.
- BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.); Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial; Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997.
- BARBOZA, Julio; Derecho Internacional Público; Zavallá, Buenos Aires, 1999.
- : “International criminal law”; en *The Hague Academy of International Law, Recueil des Cours*, vol. 278 (1999), pp. 9 a 199.
- BASSIOUNI, M Cherif (Ed.); ICC ratification and national implementing legislation; International Association of Penal Law, Editorial Ere`s, Toulouse, 1999.
- BOGGIANO, Antonio; Derecho Penal Internacional en el derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003.
- CAMAÑO VIERA, Diego; “La implementación del Estatuto de Roma en el Uruguay”; publicado online en el sitio web del Observatorio Regional sobre Corte Penal Internacional y Derecho Penal Internacional <[http://www.observatoriodpi.org/\\_data/spda/contenido/20080408091756\\_.doc](http://www.observatoriodpi.org/_data/spda/contenido/20080408091756_.doc)> (Acceso el 18/06/2009).
- COLAUTTI, Carlos E.; Derecho Constitucional; Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.
- : “La jurisdicción extraterritorial y los delitos contra el derecho de gentes”; en *La Ley*, 1999-E, pp. 996 a 1102.

- : “Los principios generales del derecho internacional y su aplicación en el derecho interno”; en *La Ley*, diario del 31/05/2001, pp. 1 a 4.
- DAVID, Éric; “La Cour Pénale Internationale”; en *The Hague Academy of International Law, Recueil des Cours*, vol. 313 (2005), pp. 325 a 454.
- DEL CASTILLO, Lilian; “Los Agentes Internacionales ante los Tribunales Nacionales”; en *El Derecho*, diario del 11/07/2000, pp. 1 a 4.
- FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A.; “La Corte Penal Internacional: un avance en la lucha contra la impunidad”; en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 2002/03, pp. 143 a 158.
- FERNÁNDEZ VALONI (h), José Luis; “Proyecto de ley de implementación del estatuto de la Corte Penal Internacional”; en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 2002/03, pp. 215 a 249.
- : “Hacia el efectivo establecimiento de la Corte Penal Internacional”; en *El Derecho*, diario del 28/11/2001, pp. 16 a 20.
- FONTAN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho Penal*; Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- GOLDSCHMIDT, Werner; *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*; Editorial Depalma, Buenos Aires, 1992.
- GRAMAJO, Juan Manuel; “El Estatuto de la Corte Penal Internacional”; en *El Derecho*, diario del 28/11/2001, pp. 9 a 16.
- : *El estatuto de la Corte Penal Internacional*; Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2003.
- GUARIGLIA, Fabricio; “Creación de la Corte Penal Internacional: algunos aspectos del Estatuto de Roma”; en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 1998, vol. 1/ 2, pp. 41 a 54.
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T.; *Moderno derecho internacional y seguridad colectiva*; Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1995.
- : *Elementos de Derecho Internacional Penal*; Editorial De Los Cuatro Vientos, Buenos Aires, 2006.
- HUMAN’S RIGHTS WATCH; “Asegurando el funcionamiento de la Corte Penal Internacional. Guía para la Implementación del Estatuto de Roma de la CPI en la legislación interna de los Estados Partes (Septiembre de 2001)”; publicado online en el sitio de la Coalición para la Corte Penal Internacional <[http://www.iccnw.org/documents/HRWHandbook\\_s.pdf](http://www.iccnw.org/documents/HRWHandbook_s.pdf)> (Acceso el 20/06/2009).
- INTERNATIONAL CENTRE FOR HUMAN RIGHTS AND DEMOCRATIC DEVELOPMENT y THE INTERNATIONAL CENTRE FOR CRIMINAL LAW REFORM AND CRIMINAL JUSTICE POLICY; “CORTE Penal Internacional – Manual para la ratificación e

- implementación del Estatuto de Roma (mayo de 2000)”; publicado online en el sitio de la Coalición para la Corte Penal Internacional <[http://www.iccnw.org/documents/Manual\\_EstatutoDeRoma\\_01may00\\_sp1.pdf](http://www.iccnw.org/documents/Manual_EstatutoDeRoma_01may00_sp1.pdf)> (Acceso el 20/06/2009).
- KALLER DE ORCHANSKY, Berta; Manual de Derecho Internacional Privado; Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1989.
- LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M.; La Corte Penal Internacional. Justicia vs. Impunidad; Editorial Ariel, Barcelona, 2001.
- MONCAYO, Guillermo R., VINUESA, Raúl E. y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T.; Derecho Internacional Público – Tomo I; Editorial Zavallía, Buenos Aires, 1981.
- OLÁSULO, Héctor; “Reflexiones sobre la necesidad de ajustar las legislaciones nacionales de cooperación con la Corte al marco procesal del Estatuto de Roma. Especial referencia al modelo español”; en El Dial, Suplemento de Derecho Penal, 11/12/2006 (Sitio web: <<http://www.eldial.com>>).
- PARENTI, Pablo F.; “Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el ámbito nacional: El proyecto de ley aprobado por la Cámara de Senadores”; en El Dial, Suplemento de Derecho Penal, año 2004, N° 7 (Sitio web: <<http://www.eldial.com>>).
- PODESTÁ COSTA, Luis A. y RUDA, José M.; Derecho Internacional Público; Tipográfica Editora Argentina (TEA), Buenos Aires, 1979.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio; Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal; Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid, 1957.
- REBAGLIATI, Orlando R.; “La Corte Penal Internacional”; en Revista Jurídica de Buenos Aires, año 1998, vol. 1/2, pp. 27 a 40.
- : “La Corte Penal Internacional”; publicado online en el sitio de la Asociación Profesional del Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto <<http://web.archive.org/web/20010217003836/>> <<http://www.apcpen.org.ar/aportes/corte.htm>> (Acceso el 22/06/2009).
- : “La Corte Penal Internacional y su Futuro Establecimiento”; Instituto del Servicio Exterior de la Nación, Serie Documentos de Trabajo N°37, Buenos Aires, agosto de 2002.
- REMIRO BROTONS, Antonio; “Crimen de agresión, crimen sin castigo”; en Asociación Argentina de Derecho Internacional, Anuario 2005, pp. 33 a 68. Publicado online en el sitio de la Asociación <<http://www.aadi.org.ar/doctrina/anuario.2005.pdf>> (Acceso el 30/05/2009).



- REZEK, José Francisco; *Dereito Internacional Público: curso elementar*; Editora Saraiva, Sao Paulo, 2008 (11ª edición, revista e actualizada).
- SABIA DE BARBERIS, Gladys (Coord.); *La evolución del derecho internacional a través de los Organismos Internacionales*; Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 2002.
- SORENSEN, Max (Ed.); *Manual de Derecho Internacional Público*; Fondo de Cultura Económica, México, 1973 (5ª reimpresión, 1994).
- STUBRIN, Marcelo J.; “El tribunal penal internacional”; en *Escenarios Alternativos*, Año 5, N° 11, 2001, pp. 97 a 111.
- VANOSI, Jorge R.; “La jurisdicción universal y el principio de territorialidad desde la perspectiva del Derecho Constitucional Argentino”; en *El Derecho*, diario del 28/11/2001, pp. 3 a 5.

## 2. Principales páginas web consultadas

- Amnistía Internacional <<http://www.amnesty.org>>
- Cámara de Diputados de la Nación <<http://www.diputados.gov.ar>>
- Cámara de Senadores de la Nación <<http://www.senado.gov.ar>>
- Coalition for the International Criminal Court <<http://www.iccnw.org>>
- Corte Internacional de Justicia <<http://www.icj-cij.org>>
- Corte Penal Internacional <<http://www.icc-cpi.int>>
- Corte Permanente de Justicia Internacional <<http://www.icj-cij.org/pcij>>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación <<http://www.csjn.gov.ar>>
- Human’s Rights Watch <<http://www.hrw.org/es>>
- Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. Área de Información Legislativa y Documental <<http://www.infoleg.gov.ar>>
- Observatorio Regional sobre Corte Penal Internacional y Derecho Penal Internacional <<http://www.observatoriodpi.org>>
- Organización de las Naciones Unidas:
- Sitio principal <<http://www.un.org>>
- Colección de Tratados de las Naciones Unidas <<http://treaties.un.org>>
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas <<http://www2.ohchr.org/>>



## EL DERECHO "SUPRALEGAL" FRENTE A GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

JULIÁN DÍAZ BARDELLI\*

**Resumen:** El trabajo analiza el modo en que se renovó el debate iusfilosófico desde mediados del siglo XX con el juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos, tales como las acontecidas durante el nazismo, el régimen de la ex República Democrática Alemana o la última dictadura militar argentina. Expone resumidamente la crítica de Hart a la "fórmula de Radbruch" elaborada en la posguerra, y el cuestionamiento de Fuller a Hart, así como el reflejo de este debate en las decisiones de los tribunales alemanes pos-nazis y pos-soviéticos y de la justicia argentina pos-dictatorial.

También se interviene en ese debate, postulando una mirada alternativa que su autor considera superadora, y que se corresponde con el contexto de positivización internacional de los derechos fundamentales y la ubicación de éstos en niveles normativos jerárquicamente supraordinados a las leyes.

**Abstract:** This article goes into the way in which the iusphilosophical debate has been renewed as of the last half of the 20<sup>th</sup> century, thanks to the action of the Justice regarding gross violations of human rights, such as those which took place during Nazism, the former German Democratic Republic or the last military dictatorship in Argentina.

Hart's criticism to "Radbruch's formula," devised in the postwar period, is briefly set out, as well as Fuller's questioning thereof and the reflection of such debate on the decisions entered by post-Nazi German courts, post-Soviet courts and post-dictatorial Argentine courts.

In addition, an intervention in the above mentioned debate is made, putting forward an alternative look, which is, according to the author, superseding and

\* Abogado y docente de Teoría General del Derecho (UBA).

which is in line with the international tendency towards the positivization of fundamental rights and the placement thereof at a stage above laws.

**Palabras clave:** Derechos Humanos – Fórmula de Radbruch – Moral Interna del Derecho – Robert Alexy – Positivización de los Derechos Fundamentales – Derecho Supralegal.

**Keywords:** Human rights – Radbruch’s Formula – internal morality of law – Robert Alexy – positivization of fundamental rights – rights superior to laws.

## I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de buscar una respuesta jurídica para el juzgamiento de algunas situaciones de graves violaciones de derechos humanos que tuvieron lugar en el siglo XX, reanimó, en la segunda mitad de esa centuria, el debate sobre la relación entre el derecho y la moral en el campo de la filosofía del derecho.

Esta engorrosa cuestión del posible vínculo entre las esferas jurídica y ética de la conducta humana había diferenciado de modo tajante, ya a finales del siglo XVIII, dos tipos de enfoques diametralmente opuestos: el iusnaturalista y el iuspositivista. En los inicios de esa disputa, se puede observar a autores como Bentham, en crítica a Blackstone, distinguiendo entre la posición del *expositor* y la del *ensor* o crítico, e incluso considerando perjudicial la crítica de la validez de leyes en términos de justicia<sup>1</sup>.

La referida reanimación, sin embargo, se ha dado con algunos matices diferenciadores. Esta vez, la clásica tesis iuspositivista de la separación conceptual del derecho y la moral enfrentó una posición iusnaturalista –de conexión necesaria entre ambos- ostensiblemente moderada, incluida dentro de un arco opositor más amplio denominado “no positivismo”, y circunscripta a los casos de “injusticia extrema”.

En el presente trabajo me interesa destacar el modo en que dicho debate se ha reflejado en las decisiones judiciales de los tribunales que juzgaron las aludidas violaciones de derechos humanos, una vez derrocados los regímenes en los que aquellas tuvieron lugar. También pretendo intervenir en ese debate, ofreciendo una alternativa que considero superadora, referida al

<sup>1</sup> BENTHAM, Jeremy., *Fragmento sobre el Gobierno*, trad. J. Larios Ramos (del original *A Fragment on Government*, 1776), Aguilar, Madrid, 1973, Prefacio, p. 13, nota al pie 5.

estado evolutivo del proceso de positivización de los derechos humanos y a su ubicación jerárquica en los ordenamientos jurídicos actualmente vigentes.

## II. LA APELACIÓN IUSNATURALISTA AL DERECHO "SUPRALEGAL"

El punto de partida de este recrudescimiento pertenece a Gustav Radbruch, y más especialmente, al giro o cambio de opinión de este autor sobre el concepto y la validez del derecho. Caído el régimen nazi, el iusfilósofo alemán atribuyó al iuspositivismo una parte de la responsabilidad por las atrocidades cometidas por dicho régimen, y, abandonando su postura anterior, pasó a defender la tesis de la existencia de un derecho "supralegal". Lo hizo en los siguientes términos: "El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aún cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia. Es imposible trazar una línea más exacta entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas a pesar de su contenido injusto. Empero se puede efectuar otra delimitación con toda exactitud: donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica"<sup>2</sup>.

Ese derecho "supralegal" cobraba relevancia únicamente en casos de "injusticia extrema" o "intolerable", como el que el propio Radbruch atribuía al nazismo.

La así llamada "fórmula de Radbruch" inspiró las decisiones de los tribunales alemanes de posguerra, que consideraron inválidas –por intolerablemente contrarias al derecho natural– las leyes vigentes durante el régimen nazi.

<sup>2</sup> RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, trad. M. I. Azareto de Vásquez, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962, pp. 37-38. Este trabajo fue publicado por primera vez en agosto de 1946, con el título original "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en la revista *Süddeutsche Juristen Zeitung*, N° 5. Posteriormente fue incluido en la 2ª edición de su *Rechtsphilosophie*. Cabe aclarar que no es pacífica la consideración del punto de vista adoptado por Radbruch como una ruptura con su propia postura anterior.

Una de esas decisiones concierne a un caso del año 1944, en que una mujer delató a su esposo ante las autoridades por haberse manifestado – en forma privada y frente a ella– con expresiones injuriosas hacia Hitler. Dado que tales expresiones eran consideradas delito por una ley nazi del año 1934, el esposo fue condenado a muerte. Más tarde, en 1949, la mujer fue juzgada “por privación ilegítima de la libertad”, pues al denunciar a su esposo había posibilitado su detención. En su defensa, la delatora alegó que la privación de la libertad de su marido era legítima según el derecho nazi. Pero el tribunal de apelaciones que finalmente la condenó señaló que esa ley era “contraria a la sana conciencia y al sentido de justicia de todos los seres humanos”<sup>3</sup>.

La sentencia mencionada del tribunal alemán, y la posición iusfilosófica radbruchiana que le dio soporte, fue duramente criticada por el profesor Hart, quien insistió en la separación conceptual del derecho y la moral, siguiendo la línea iuspositivista de sus antecesores Bentham y Austin. En tal sentido, Hart sostuvo que en casos excepcionales como el comentado y a los fines de posibilitar la condena era preferible aplicar retroactivamente el derecho de posguerra antes que negar el carácter jurídico y la validez del ordenamiento nazi. Después de todo –pensaba Hart– había que optar entre dos males: la impunidad de la conducta delatora de la mujer o la aplicación retroactiva de la ley; y el último de los mencionados era el menos grave. De esta manera se fortalecía la posibilidad de echar mano de la moral para

<sup>3</sup> Sentencia del 27 de Julio de 1949, Oberlandesgericht, Bamberg, “Süddeutsche Juristen-Zeitung”, t. 5, p. 207 (Alemana, 1950). Tomo la cita de HART, H. L. A., “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, en *Íd, Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. Genaro R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 45 ss. El artículo citado se corresponde con la conferencia pronunciada por Hart en abril de 1957 en la Harvard Law School (Oliver Wendell Holmes Lecture). En ese mismo artículo Hart advierte, luego de la observación efectuada por el Dr. H. O. Pappé de la Australian National University, que la versión del caso seguida por aquel es equívoca. Ello así por cuanto el tribunal, tras aceptar la posibilidad teórica de que las leyes pueden ser inválidas si contradicen el derecho natural, decidió que las leyes nazis en examen no podían ser consideradas como violatorias de aquel. En consecuencia, la causada fue declarada culpable de haber privado ilegítimamente de la libertad a su marido, no por la invalidez de tales leyes, sino porque no tenía el deber de denunciarlo y lo hizo por razones puramente personales, actuando “en forma contraria a la sana conciencia y sentido de justicia de todos los seres humanos decentes”. De allí que Hart propone considerar como hipotético el caso tal como ha sido presentado por él (p. 46, nota al pie). De la misma manera propongo interpretarlo en el presente trabajo.

cuestionar –e incluso desobedecer– las leyes abiertamente injustas, sin ocultar por ello su carácter jurídico<sup>4</sup>.

La crítica de Hart, a su vez, fue replicada por el profesor Fuller<sup>5</sup>. Fuller defendió una particular versión de la tesis de la conexión necesaria entre el derecho que *es* y el que *debe ser*: al tiempo que se oponía a la versión radbruchiana de la existencia de un derecho “supralegal”<sup>6</sup>, sostuvo la presencia de una dimensión moral en el derecho mismo (“moral interna del derecho”), representada por las condiciones –de tipo formal– que hacen posible la existencia de un orden jurídico tanto como la fidelidad al mismo<sup>7</sup>. Sin esas condiciones, es decir, sin esa moralidad interna, no cabe hablar propiamente de “derecho”. Esto sucedía precisamente con el régimen nazi, o al menos con sus leyes más escandalosas, y especialmente con aquellas en que pretendía justificarse la conducta de los delatores<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> HART, H. L. A., “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, cit., pp. 47-49. Cfr. también, Id., *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 256-261.

<sup>5</sup> FULLER, Lon L., “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), pp. 630-672.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 656.

<sup>7</sup> Para graficar esa “moralidad de orden” en su forma más cruda y elemental, Fuller propone pensar en un monarca absoluto, completamente egoísta y autointeresado en las relaciones con sus súbditos, y cuya palabra es la única ley conocida por éstos. Este monarca da órdenes a sus súbditos, prometiendo recompensas por el cumplimiento y amenazando con castigar la desobediencia. Sin embargo, él es un hombre disoluto y olvidadizo, que no hace el menor intento de comprobar quienes siguieron efectivamente sus directivas y quienes no. Como resultado de ello, habitualmente castiga la lealtad y recompensa la desobediencia. Fuller también propone suponer que el monarca mencionado se somete a un cambio de corazón y comienza a prestar atención a lo que dijo ayer cuando, a día de hoy, tiene la oportunidad de distribuir recompensas u ordenar el cortado de cabezas. Bajo la presión de esta nueva responsabilidad, sin embargo, el monarca distrae su atención y se vuelve irremediabilmente perezoso en la redacción de sus órdenes. Sus órdenes se tornan demasiado ambiguas y son pronunciadas en un tono tan imperceptible que nunca sus súbditos tienen una idea clara de lo que él quiere que hagan. Cfr. *Ibidem*, pp. 644-645. Las condiciones de posibilidad constitutivas de la moralidad interna del derecho son luego sistematizadas por Fuller en su libro *La moral del derecho*. Allí menciona las siguientes: 1) todo derecho ha de contener normas generales, 2) las normas han de ser publicadas, 3) los casos de retroactividad han de ser los menos posibles, 4) las normas deben ser comprensibles, 5) no han de ser contradictorias, 6) no tienen que pedir lo imposible, 7) no deben ser modificadas demasiado frecuentemente y 8) debe existir congruencia entre el contenido de las normas y su administración pública, de modo que los ciudadanos puedan atenerse a ellas. Cfr. FULLER, Lon L., *La moral del derecho*, Trillas, México, 1967, p. 49.

<sup>8</sup> FULLER, Lon L., “Positivism...”, cit., pp. 659-660.

Ese debate tuvo una nueva edición con el juzgamiento de ciertos crímenes cometidos por funcionarios del régimen soviético de la ex República Democrática Alemana (RDA), una vez caído dicho régimen conjuntamente con el muro divisor de las dos repúblicas alemanas y luego de la unificación de estas. El caso paradigmático de esta etapa es el conocido como "Guardianes del Muro", decidido finalmente —en el nivel interno— por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en el año 1994<sup>9</sup>. Aquí también se tuvo en cuenta la "fórmula de Radbruch", en este caso para condenar penalmente a miembros del entonces Consejo Nacional de Defensa y de las tropas fronterizas de la RDA, con motivo del homicidio de fugitivos en la frontera interior alemana. El Tribunal Constitucional Federal, entre otras cosas, convalidó el criterio sostenido en el mismo caso por el Tribunal Supremo Federal, al que resumió del siguiente modo: "una causa de justificación debe ser dejada de lado en el proceso de aplicación del Derecho cuando ella encubrió el homicidio intencional de personas que no querían nada más que atravesar desarmadas la frontera interior alemana, sin peligro para ningún bien jurídico generalmente reconocido. Ello así pues una causa de justificación de ese tipo, que confiere lisa y llanamente a la prohibición de cruzar la frontera un rango superior frente al derecho a la vida de las personas, no produciría ningún efecto al atentar de manera evidente e insoportable contra elementales exigencias de justicia y contra derechos humanos protegidos por el Derecho de Gentes. Ese atentado sería tan grave que ofendería las convicciones comunes a todos los pueblos acerca del valor y la dignidad del hombre. En un caso así el derecho positivo debería retroceder ante la Justicia"<sup>10</sup>.

Al comentar el fallo aludido, el profesor Alexy defendió expresamente la "fórmula de Radbruch" como un concepto "no positivista" de derecho, y las pocas críticas que le dirigió a aquella sentencia consisten principalmente en que el tribunal no habría sido lo suficientemente contundente y consecuente en la aplicación de esa fórmula<sup>11</sup>. En otro trabajo, enteramente

<sup>9</sup> "Mauerschützen", BVerfGE, 95, 96. Me guío aquí por la versión abreviada, traducida del alemán por Eduardo R. Sodero, y publicada en VIGO, Rodolfo L., *La injusticia extrema no es derecho*, La Ley, Buenos Aires, pp. 73-99.

<sup>10</sup> VIGO, Rodolfo L., cit., pp. 94-95. La aceptación del criterio de la Tribunal Supremo por el Tribunal Constitucional se observa cuando el último afirma "Esta valoración se ajusta a la Ley Fundamental", p. 95.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert, "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín", trad. A. Daniel Oliver-Lalana, *Doxa*, N° 23, 2000, pp. 218.



dedicado a la defensa de dicha fórmula, Alexy señaló que su idea de “pretención de corrección” en relación con el derecho incluye tanto la “moral interna” de Fuller como lo que este mismo autor llamó “moral externa”, y que la “moral interna” fulleriana completa la fórmula de Radbruch pero no la sustituye<sup>12</sup>.

Hasta aquí hemos tenido en cuenta la jurisprudencia del centro europeo. Pero los ejemplos judiciales de recrudescimiento del debate sobre la relación entre el derecho y la moral no se circunscribieron a las decisiones de los tribunales alemanes sobre crímenes de los regímenes nazi y soviético.

Ocurrió algo similar en nuestro país, al tratar –nuevamente– la validez constitucional de las leyes llamadas de “obediencia debida” y “punto final”, aprobadas por el gobierno argentino una vez reestablecida la democracia y el orden constitucional, que tenían por efecto impedir el juzgamiento de sistemáticas y graves violaciones de los derechos humanos ocurridas durante el régimen dictatorial del período 1976-1983, tanto como la condena de numerosos miembros del régimen por tales hechos. La decisión judicial a la que aludo es la adoptada en el año 2005 por la Corte Suprema de Justicia argentina en el caso “Simón”<sup>13</sup>. La cuestión fue puesta de relieve particularmente en el voto del juez Lorenzetti, quien, además de recordar la influencia de la “fórmula de Radbruch” en las decisiones de los tribunales alemanes de posguerra, sostuvo con respecto a la ley de “punto final” que “las leyes de amnistía tienen un límite moral, y está dado por la imposibilidad de amnistiar delitos de lesa humanidad”<sup>14</sup>. Lorenzetti defendió su afirmación explicando que “si se pretende forzar a “olvidar” y a perdonar los agravios proferidos a los significados profundos de la concepción humana, si los delitos atroces quedan impunes, la sociedad no tiene un futuro promisorio porque sus bases morales estarán contaminadas”<sup>15</sup>.

Adhiriendo a la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral y, en particular, a las posiciones de Radbruch y Alexy (además de la del profesor Finnis), el profesor Vigo ha destacado elogiosamente el criterio judicial precedentemente mencionado<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Id., “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en VIGO, R. L., cit., pp. 240-241 y 248.

<sup>13</sup> “Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad”, sentencia del 14/06/2005, SJA 27/9/2006, JA 2006 III 350.

<sup>14</sup> Considerando 23, último párrafo.

<sup>15</sup> Íd.

<sup>16</sup> Cfr. VIGO, Rodolfo L., “Consideraciones iusfilosóficas sobre la sentencia en la causa ‘Simón’”, La Ley, 2005-D, 1245.

Las decisiones judiciales previamente revistadas muestran un común denominador: se trata de la necesidad de apelar a criterios de justicia exógenos respecto del derecho positivo cuando la solución que brindan las leyes al caso juzgado resulta extremadamente injusta. Sin embargo, a esta altura del relato cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿era realmente necesaria y conveniente esa apelación en todos los ejemplos reseñados? Y más aún, ¿es actualmente necesaria y conveniente? Para responder a esta pregunta me parece ineludible formular una aclaración previa sobre la cuestión, referida al grado de positivización de los derechos humanos en los distintos momentos históricos repasados. Esto es lo que haré a continuación.

### III. DIFERENCIAS RELATIVAS AL GRADO DE POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La situación en la que se encontraba el derecho positivo (nacional e internacional) frente a las atrocidades cometidas por el régimen del "Nacional Socialismo" alemán era diferente a la presentada durante los crímenes llevados a cabo por las autoridades del "Partido Socialista Unificado" de la RDA, y más diferente aún de la que tuvo lugar durante la sanción de las leyes argentinas de impunidad de los crímenes de la última dictadura militar.

En la Alemania nazi no había un derecho positivo de los derechos fundamentales. Con el dictado de la llamada "Ley habilitante" en 1933, la Constitución de Weimar había quedado sin efecto, y con ella los derechos fundamentales allí establecidos, pasando aquella ley a constituir la base jurídico-positiva del régimen dictatorial del Tercer Reich. En el nivel internacional la orfandad señalada era similar o más grave: el primer instrumento sobre derechos fundamentales, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), fue adoptado en el año 1948, y por entonces su valor jurídico era cuanto mucho el de una recomendación, sin fuerza obligatoria<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Resultaría aplicable, al respecto, el art. 18.2 de la Carta de las Naciones Unidas, cuando refiere a las "recomendaciones relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales". Por otro lado, la DUDH no era, al momento de su adopción, expresión de una costumbre internacional ni de principios generales del derecho, considerados fuentes del derecho internacional según el art. 38.1 (b y c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Cfr. PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997 (3ra. reimpresión 2004), pp. 34 y 45.

Esa situación de falta de positivización ya había cambiado –en alguna medida– en la época en que se cometieron los crímenes juzgados en el caso “Guardianes del Muro”. Vale la pena mencionar que hacia el año 1970 la Corte Internacional de Justicia reconoció el carácter vinculante de la DUDH<sup>18</sup> y que en el año 1974 la RDA ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) adoptado en 1966. Ambos instrumentos internacionales establecen el derecho a la vida, y el segundo de ellos, además de prohibir su privación arbitraria, prevé expresamente el derecho a salir de cualquier país incluyendo el propio<sup>19</sup>. Paralelamente, en el plano interno de la RDA, su Constitución por entonces vigente (de 1968), además de declarar obligatorias dentro de la RDA “las reglas generalmente reconocidas de derecho internacional orientadas a promover la paz y la cooperación pacífica entre los pueblos”, garantizaba la inviolabilidad de la persona y libertad de los ciudadanos de la RDA, exigiendo legalidad e inevitabilidad para la restricción de los derechos y conformidad de las leyes con la Constitución<sup>20</sup>.

Recordemos que el argumento del Tribunal Supremo aceptado por el Tribunal Constitucional Federal consideraba injustificables los crímenes cometidos no sólo porque atentaban contra “elementales exigencias de justicia”, sino también por ir contra “derechos humanos protegidos por el Derecho de Gentes”. El tribunal explica esta mixtura afirmando que los criterios implicados en la “fórmula de Radbruch” son “difíciles de operar a causa de su indeterminación”, y por tal motivo resultó necesario añadirles “pautas de evaluación más concretas” representadas por los pactos internacionales sobre derechos humanos, los cuales “ofrecerían puntos de apoyo para ello, cuando un Estado lesiona derechos humanos según la convicción de la comunidad jurídica universal”<sup>21</sup>. Más aún, el propio Tribunal Constitucional Federal adicionó el argumento de la violación de “el derecho a la vida y el derecho a salir libremente [...] garantizados irrestrictamente por las disposiciones del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos”<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> En el caso relativo a la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (segunda fase), fallo del 5 de febrero de 1970. Cfr. PINTO, Mónica, cit., p. 36.

<sup>19</sup> DUDH, art. 3; PIDCyP, arts. 6 y 12.2.

<sup>20</sup> Arts. 8; 30, incs. 1 y 2, y 89 inc. 3.

<sup>21</sup> Cfr. VIGO, Rodolfo L., *La Injusticia...*, cit., pp. 94-95.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 95.

Puede verse así, entre los fundamentos principales de la sentencia y conjuntamente con la fórmula radbruchiana, la presencia de un derecho positivo de los derechos humanos que era prácticamente inexistente durante el régimen nazi y los primeros años de la posguerra.

Esa presencia cobró mayor fuerza aún en el momento histórico en que tuvo lugar la sanción de las leyes argentinas de "obediencia debida" y "punto final". Las leyes citadas eran posteriores a la ratificación argentina de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que establece el derecho de toda persona a las garantías judiciales y a la protección judicial (arts. 8.1 y 25), así como la obligación estatal de respetar los derechos y libertades reconocidos en esa Convención y de adoptar disposiciones de derecho interno para hacerlos efectivos (arts. 1.1 y 2). También eran posteriores a la ratificación del PIDCyP, que contiene disposiciones similares a las de la referida Convención (arts. 2 y 3). Tales disposiciones tornaban incompatibles las leyes de impunidad de graves violaciones de derechos humanos con los mencionados tratados<sup>23</sup>.

No obstante, y aunque la existencia de esa positividad (así como la incompatibilidad referida) fue reconocida en el fallo "Simón", se siguió insistiendo (al menos en el voto del Juez Lorenzetti) con la apelación a criterios de justicia considerados superiores al derecho positivo.

Me parece que la conjunción argumental de la fórmula radbruchiana y el derecho positivo de los derechos humanos presenta graves problemas. En efecto, si las "elementales exigencias de justicia" o el derecho "supralegal" coinciden con el derecho positivo de los derechos humanos, la fundamentación se vuelve redundante. Y si fuesen dispares, peor aún, se correría el riesgo de caer en inconsistencia.

Intuyo que algo de esto advirtió Alexy al comentar la sentencia recaída en "Guardianes del Muro" y calificar aquella conjunción como una "singular mezcolanza"<sup>24</sup>, y es claro que la misma calificación podría extenderse al

<sup>23</sup> La incompatibilidad con la CADH fue señalada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe 28/92, "Consuelo Herrera v. Argentina" (expresamente referido a las citadas leyes argentinas) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos" (Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú), serie C, n. 75, sentencia del 14/03/2007 (respecto de leyes de impunidad del Estado peruano). Por su parte, la incongruencia con el PIDCyP fue advertida por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en las observaciones finales adoptadas durante sus sesiones 53<sup>a</sup> (del 5/4/1995) y 1893 (del 1/11/2000).

<sup>24</sup> ALEXY, Robert, "Derecho injusto...", cit., pp. 205-206. Si bien la calificación iba dirigida específicamente al criterio sostenido en la decisión del Tribunal Supremo Federal,

voto analizado en el caso "Simón". Sin embargo, Alexy resolvió el dilema aferrándose a la "fórmula de Radbruch" y señalando que la aplicación de esa fórmula hacía innecesaria y hasta contraproducente la apelación al derecho positivo internacional.

#### IV. INNECESARIEDAD E INCONVENIENCIA DE LA APELACIÓN IUSNATURALISTA AL DERECHO "SUPRALEGAL".

No puedo compartir la tesis alexiana de la opción por la "fórmula de Radbruch". Creo que si tenemos a disposición un derecho positivo que permite obtener la solución que queremos alcanzar, esto es, el juzgamiento y condena de conductas que consideramos aberrantes, es preferible entonces dejar de lado la apelación radbruchiana a un derecho "supralegal" (en el sentido de suprapositivo) y basarnos únicamente en ese derecho positivo. Uno de los argumentos principales en apoyo de esta tesis se encuentra en la misma decisión del caso "Guardianes del Muro". Allí se reconoce expresamente, tal como ya señalé, que los criterios de la "fórmula de Radbruch" son "difíciles de operar a causa de su indeterminación" y que, en cambio, los pactos internacionales de derechos humanos representan "pautas de evaluación más concretas".

En efecto, esa fórmula arrastra el consabido problema de la alta vaguedad del término "justicia" (o "injusticia"). Y no veo que dicho problema se resuelva, como pretendía Radbruch, agregando una graduación representada por los términos "insoportable", "intolerable" o "extrema". Nótese que esa calificación, que se aplicó por igual a los crímenes del Tercer Reich (constitutivos de un claro genocidio) y de la RDA, no permite siquiera distinguir adecuadamente la mayor gravedad (o "injusticia") de los primeros respecto de los segundos.

Claro que también existen posiciones que desechan por igual la "fórmula de Radbruch" y el derecho positivo de los derechos humanos, por considerar a este último tan impreciso como la primera. Esta parece ser, por ejemplo, la postura asumida por el profesor Guibourg, tal como se expresa precisamente al comentar la sentencia de "Guardianes del Muro"<sup>25</sup>.

---

es bueno recordar que, como ya he dicho, tal criterio fue convalidado en la decisión del Tribunal Constitucional Federal.

<sup>25</sup> GUIBOURG, Ricardo, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Teoría General del Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 105.

Sin embargo, aunque es cierto que las normas de derechos humanos (internacionales o nacionales) están generalmente redactadas en un lenguaje relativamente vago, me parece que hay una notable diferencia en el grado de vaguedad que éstas portan en relación con los criterios de justicia de la fórmula radbruchiana. Particularmente en lo que respecta a los pactos internacionales de derechos humanos, el sistema en el que se insertan realiza además una permanente tarea de reducción de vaguedad, llevada a cabo especialmente a través de los comentarios u *observaciones generales* efectuados por los órganos de vigilancia de dichos pactos<sup>26</sup>, estatuidos por decisión de los mismos Estados que son parte en esos pactos. Así, por ejemplo, si quisiéramos preguntarnos en qué consiste –o cuál es el alcance de– el derecho a la vida o de libertad de salir del país previstos respectivamente en los arts. 6 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, contamos al menos con tres observaciones generales emanadas del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas para encontrar una respuesta<sup>27</sup>. Y en última instancia, se trata de una indeterminación que es producto de la voluntad humana y no, como sucede con los criterios de justicia suprapositivos, de la apelación a entes o ideas pretendidamente superiores a esa voluntad.

Junto al problema semántico de la vaguedad de la expresión “injusticia extrema” se encuentra el problema metaético de la cognoscibilidad de los valores y de la justificabilidad de los juicios de valor por métodos racionales. La “fórmula de Radbruch” presupone una posición metaética cognitivista, según la cual los juicios de valor y los términos éticos contenidos en ellos poseen significado cognoscitivo, de tal manera que la verdad o falsedad de dichos juicios puede ser racionalmente demostrada. A tal punto es así que el propio Radbruch sostuvo que sólo un “escepticismo provocado” o “intencionado” podría poner en dudas el carácter de “injusticia extrema” de la legislación nacionalsocialista, y que tal carácter “era claro de entrada”<sup>28</sup>. Alexy, que defiende dicha fórmula, también adopta

<sup>26</sup> En el sistema interamericano, cumplen una función similar las *opiniones consultivas* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>27</sup> Me refiero a las Observaciones Generales N° 6, “Artículo 6 - Derecho a la vida”, 16° período de sesiones (1982), N° 14, “Artículo 6 - El derecho a la vida”, 23° período de sesiones (1984), y N° 27, “Artículo 12 - La libertad de circulación”, 67° período de sesiones (1999). Nótese además que dos de ellas (las referidas al derecho a la vida) son anteriores a la decisión del caso “Guardianes del muro” y a dos de los siete delitos allí juzgados.

<sup>28</sup> Cfr. RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal...*, cit., p.39.

una posición cognitivista, y afirma que las sentencias sobre la “injusticia extrema” son susceptibles de fundamentación racional y poseen carácter cognitivo<sup>29</sup>. Por supuesto que ello no quiere decir que el cognitivismo ético de Alexy sea el mismo que el presupuesto en Radbruch. Aquel parte de una concepción discursiva de la ética, según la cual la racionalidad de un juicio moral no se obtiene con la ayuda de pruebas sino de argumentos, y prescinde por lo tanto de la “evidencia moral”.

En cualquier caso, el cognitivismo ético es una posición con la que no puedo coincidir. Tanto la evidencia moral como la verdad moral en términos discursivos traen importantes problemas que se ponen de manifiesto precisamente a la hora de juzgar en un caso como el de “Guardianes del Muro”. Alexy reconoce que existen muchas posiciones doctrinarias en contra de considerar los crímenes de la frontera alemana como “injusticia extrema”, lo que hace imposible justificarlo mediante el recurso a la mera “evidencia moral”; y sin embargo cree que es posible llegar a la misma conclusión mediante un “comprobación racional discursiva”<sup>30</sup>. Pero vale la pena reiterar aquí el argumento, ya vertido más arriba, de que la aplicación de la expresión “injusticia extrema” tanto a la criminalidad estatal del Tercer Reich como a la de la RDA no permite siquiera distinguir la enorme diferencia de grado de gravedad existente entre la primera y la segunda, circunstancia que, a mi entender, echa por tierra la posibilidad de considerar que tal “comprobación discursiva” pueda ser “racional”<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Cfr. ALEXY, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, cit., p. 246.

<sup>30</sup> Id., “Mauerschützen. Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad”, trad. Eduardo. E. Soderó (del original “Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit”, 1993), en VIGO, Rodolfo L., *La injusticia extrema...*, cit., p. 183-184; Id., “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, cit., pp. 246-247.

<sup>31</sup> Alexy señala tres argumentos que, unidos, contribuirían a alcanzar la conclusión sobre la “injusticia extrema” de los crímenes cometidos en la frontera alemana. Ellos son: 1) se trata de la muerte de un ser humano en la frontera; 2) tal muerte se ocasionó porque el fugitivo quería abandonar el país en el que, por voluntad del poder político, debía permanecer toda su vida bajo circunstancias que no quería y que probablemente detestaba; y 3) en el sistema político del que quería huir el fugitivo no existía la posibilidad de modificar las circunstancias mediante una discusión pública libre y una oposición política. De esa argumentación, Alexy afirma que “algo habla” a favor de catalogar esa muerte (y la de otros jóvenes en la misma situación) como “injusticia extrema” (cfr. ALEXY, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, cit., p. 247). Sin embargo, una cosa es decir “algo habla” y otra muy distinta decir “todo habla”. Sólo en este último caso se estaría dando cuenta –con o sin razón– de la suficiencia de los argumentos brindados. Alexy nada dice al respecto.

De todos modos, cualquiera sea la posición metaética que se adopte, sigue siendo válida la afirmación de Hart, en el sentido de que aún cuando se considere que los juicios morales son racionalmente defendibles, la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral permanece intacta. La única diferencia radicaría en que la iniquidad moral de las normas podría ser demostrada, pero nada prueba acerca del carácter jurídico de tales normas<sup>32</sup>.

Además de los problemas hasta ahora señalados, el derecho "supralegal" o natural podría resultar políticamente peligroso, a punto tal que podría caberle enteramente la imputación hecha al iuspositivismo. La tesis de que el positivismo jurídico sustentó ideológicamente el régimen nazi ha sido objeto de numerosas e importantes críticas, y muchas investigaciones demuestran que la ideología jurídica oficial del nacionalsocialismo, a pesar de las diferencias de contenido con los sistemas tradicionales del Derecho Natural, debido a la idea racista y organicista de naturaleza que manejaba, estuvo metódicamente más cerca del pensamiento iusnaturalista que de la interpretación positivista<sup>33</sup>. Algo similar puede decirse del régimen soviético de la RDA, pretendidamente basado en los principios de la sociedad socialista según la particular versión stalinista, y de la dictadura militar argentina con su doctrina de la seguridad nacional<sup>34</sup>.

De allí que la pregunta acerca de la necesidad y conveniencia actual de la apelación a criterios de justicia suprapositivos para juzgar graves violaciones a los derechos humanos deba responderse negativamente. Esa

<sup>32</sup> HART, H. L. A., "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", cit., p. 59. Alexy, citando a Radbruch, pone fugazmente en tela de juicio esta aserción (cfr. ALEXY, Robert, "Una defensa de la fórmula de Radbruch", p. 245-246).

<sup>33</sup> Cfr. GARCÍA AMADO, Juan A., "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VIII, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991 (cfr. <http://www.geocities.com/jagamado/nazismo.html>, consultado 22/02/2009), con cita de SCHILD, W., "Die nationalsozialistische Ideologie als Prüfstein des Naturrechtsgedankens", en *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für Rene Marcic*, Berlín, Duncker & Humblot, 1983 pp. 439, 450; HASSEMER, Winfried, "Derecho natural en el derecho constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm. 7, 2003, p. 287, nota al pie 54, con cita de NEUMANN, Ulfried, "Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945", en SIMÓN, Dieter (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik: Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Frankfurt del Meno, 1994, pp. 145 ss.

<sup>34</sup> Cfr. el voto del Juez Zaffaroni y hasta el del propio Juez Lorenzetti en el citado caso "Simón" (considerando 25, párrafos primero y segundo, considerando 18, segundo párrafo, respectivamente).



apelación no es necesaria, porque alcanza con la presencia del derecho positivo de los derechos humanos, ni conveniente, por la notable vaguedad y eventual peligrosidad de aquellos criterios. Incluso me arriesgo a decir que tampoco era necesaria (ni conveniente) en el juzgamiento de los crímenes del régimen de la RDA, tal como puede desprenderse de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el mismo caso "Guardianes del Muro", que llegó a la misma conclusión que los tribunales alemanes apelando solamente al derecho positivo de los derechos humanos y prescindiendo de cualquier referencia a aquellos criterios de justicia<sup>35</sup>. En lo sustancial, la tesis que aquí sostengo también es defendida por Hassemer<sup>36</sup>. Sin embargo, mi tesis toma cierta distancia de ella porque Hassemer ve la existencia de una continuidad argumental entre la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán (de la que el mismo Hassemer formó parte en tanto juez integrante de dicho tribunal) y las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Yo, en cambio, observo más bien una ruptura<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Casos *Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania* y *K.-H. W. v. Alemania*; sentencias del 22/03/2001. Puede verse una versión resumida de las sentencias respectivas en VIGO, Rodolfo L., *La Injusticia...*, cit., pp. 101-166.

<sup>36</sup> Cfr. HASSEMER, Winfried, "Derecho natural en el derecho constitucional", cit., pp. 290 ss.

<sup>37</sup> En el artículo citado en la nota que antecede, Hassemer afirma: "el Tribunal Constitucional Federal ha determinado, de forma más clara y decidida, que no se necesita el recurso a principios jurídicos suprapositivos, sino que basta partir de las valoraciones que la propia República Democrática Alemana ha expresado en sus preceptos penales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, finalmente, ha seguido consecuentemente este camino a través del Derecho internacional, Derecho constitucional y Derecho penal positivos de la República Democrática Alemana" (p. 291). Ahora bien, más arriba expliqué que el Tribunal Constitucional Federal tuvo en cuenta la "fórmula de Radbruch" según fue aplicada por el Tribunal Supremo Federal, y la convalidó señalando que la valoración basada en dicha fórmula "se ajusta a la Ley Fundamental". Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional afirma que "no se necesita el recurso a principios jurídicos suprapositivos", pues "basta partir de las valoraciones que la propia República Democrática Alemana ha expresado en sus preceptos penales", tal afirmación no se refiere a la causa de justificación invocada por los imputados, sino solamente a la justificación de la punibilidad de las conductas una vez que se ha descartado (apelando a criterios de justicia suprapositivos) la posibilidad de concurrencia de una causa de justificación. Concretamente, el Tribunal dice: "d) A la sentencia condenatoria tampoco se le puede objetar que la aceptación de la inobservancia de una causa de justificación todavía no le habría podido dar una respuesta a la Corte Suprema Federal a la cuestión de si –y bajo cuales condiciones- la conducta entonces antijurídica sería punible [...] Para la justificación de la punibilidad no se necesita aquí el recurso a principios de justicia suprapositivos..." (cfr. VIGO, R.L., *ob. cit.*, pp. 95-96). En rigor de verdad, lo que sí se evidencia, tal como advierte Alexy, es que el convencimiento que el Tribunal

## V. REFLEXIONES FINALES. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHO POSITIVO "SUPRALEGAL"

Cabe aún decir algo más de lo hasta aquí dicho en favor de la tesis de la innecesariedad e inconveniencia de la apelación actual a criterios de valoración suprapositivos. Además de ser derecho positivo, los derechos fundamentales contenidos en las constituciones nacionales (y generalmente también los contenidos en los pactos internacionales de derechos humanos que los Estados ratifican) son derecho "supralegal", aunque en un sentido muy distinto del otorgado por Radbruch a esta expresión: lo son en el sentido de que, en la estructura escalonada de la mayoría de los ordenamientos jurídicos estatales actualmente vigentes y con constituciones rígidas, ocupan un nivel jerárquicamente superior a las leyes. Por lo tanto, constituyen ellos mismos el fundamento de validez de las leyes y prevalecen en caso de conflicto (*lex superior derogat inferiori*).

Ese fundamento, ausente en el régimen del Tercer Reich a causa de la inexistencia (o insuficiencia) de derechos humanos positivizados con jerarquía superior a las leyes, es hoy insoslayable.

Naturalmente, esta es una posición que puede ser calificada como iuspositivista, pero en todo caso se trata –siguiendo a Ferrajoli<sup>38</sup>– de un iuspositivismo crítico de la legalidad, que asume como universo del discurso jurídico la totalidad del derecho positivo vigente y distingue adecuadamente los conceptos de vigencia (o existencia) y validez; en clara contraposición al positivismo jurídico tradicional, caracterizado por su actitud acrítica y mansamente contemplativa de las leyes.

Bentham afirmaba que en un gobierno de leyes la actitud iuspositivista consiste en "obedecer puntualmente, censurar libremente"<sup>39</sup>. Pero en los Estados de derecho actuales, con constituciones rígidas, la censura no sólo debe ser externa sino también interna. Es el juez (y también el jurista),

---

Constitucional mostraba en sus propios precedentes sobre la "fórmula de Radbruch" se ha debilitado (cfr. ALEXY, R., "Derecho injusto...", cit., p. 220).

<sup>38</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 2000 (1995), pp. 851 ss.; Íd., *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Creppi, Trotta, Madrid, 2004 (1999), pp. 18 ss.

<sup>39</sup> BENTHAM, Jeremy, ob. cit., Prefacio, p. 11.

antes incluso que el legislador, quien debe llevarla adelante. Y la obediencia a la ley se encuentra condicionada precisamente por esa censura. Poco menos que dos siglos después, Hart sigue casi al pie de la letra lo afirmado por Bentham y oscurece la censura interna, a punto tal que confunde validez con existencia, y considera jurídicamente inexistente, en vez de inválida, una ley dictada en violación de límites de contenido impuestos por la Constitución<sup>40</sup>.

Hay que decir también que como el derecho positivo de los derechos humanos representa un conjunto de valores, la censura o crítica interna de las leyes basada en aquellos implica la asunción de un compromiso interno con estos. Sin embargo, a diferencia de la "moral interna del derecho" aludida por Fuller, los valores a los que me refiero configuran límites sustanciales antes que formales. Del mismo modo, dicho compromiso no supone de manera alguna la defensa de una conexión necesaria entre derecho y moral. Esa conexión es sólo contingente, pues se encuentra vinculada al proceso histórico de positivización de los derechos fundamentales<sup>41</sup>.

Por otro lado, al evitar la confusión conceptual típicamente iusnaturalista entre derecho y moral, esta perspectiva permite al mismo tiempo criticar externamente —es decir, desde un enfoque ético-político— el derecho vigente, proponiendo desde afuera su modificación, tal como querían, entre otros, Bentham y Hart.

Como se trata de una conexión contingente, y por lo tanto, históricamente cambiante, nada impide que nuevas circunstancias históricas provoquen un regreso jurídico-positivo a los tiempos de Auschwitz, tornando nuevamente relevante la discusión sobre si es mejor apelar a un derecho

<sup>40</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El concepto...*, cit., p. 87: "...para determinar si una pretendida norma sancionada es derecho [...] tenemos que demostrar que fue creada por un legislador que estaba habilitado para legislar de acuerdo con una regla existente y que, o bien esta regla no establece restricciones, o no hay ninguna que afecte la particular norma de que se trata". Como puede apreciarse, de esta afirmación se infiere que si una restricción afecta la norma en cuestión, la pretendida norma no sólo no es válida sino que tampoco es derecho. La confusión entre existencia (o vigencia) y validez también se da en Kelsen, sólo que a la inversa. Kelsen considera que una norma cuyo contenido es incompatible con la Constitución permanece válida hasta que sea derogada en la forma que el mismo orden jurídico determine (cfr. KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. E. García Maynez, UNAM, México, 1979, p. 137).

<sup>41</sup> De todas maneras se trata de una conexión firmemente establecida y con expectativas de duración.

“supralegal” (en el sentido de suprapositivo) o, en cambio, aplicar la ley retroactivamente. Pero mientras ello no suceda, se deberá apelar a los derechos fundamentales, en tanto derecho positivo, para realizar la crítica de las leyes inválidas aunque formalmente vigentes.

## ENTRE EL NO-POSITIVISMO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO: NOTAS SOBRE EL *CONCEPTO DE DERECHO* EN ROBERT ALEXY

FELIPE OLIVEIRA\*

**Resumen:** El presente texto tiene como objetivo discutir la contribución que Robert Alexy dio al corriente debate sobre el tema de las posibles relaciones entre el Derecho y la Moral. Para eso, el texto está dividido en dos partes centrales. En el punto II, se hace una reconstrucción de las principales tesis y argumentos que Alexy desarrolló en sus más recientes escritos sobre el concepto de Derecho. En el punto III, se discuten las objeciones que Joseph Raz y Eugenio Bulygin recientemente formularon a los argumentos de Alexy. Sobre la base de esa discusión, se busca mostrar que, al contrario de lo que muchos puedan pensar, existen más puntos de convergencia que de divergencia entre las posiciones positivista y no-positivista para el concepto de Derecho.

**Abstract:** This paper aims at discussing Robert Alexy's contribution to the current debate about the possible relations between Law and Morality. For that, the paper is divided into two main parts. In section II, there is a reconstruction of the main theses and arguments Alexy developed in his most recent writings on the concept of Law. In section III, the objections Joseph Raz and Eugenio Bulygin recently formulated to Alexy's arguments are discussed. Following this discus-

\* **Abogado por la Universidade Federal do Ceará (UFC). Maestría en Filosofía del Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doctorando en Derecho por la misma Universidad. Becario de la Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Nível Superior (CAPES, Brasil).** Agradezco a Robert Alexy por su atención, cuando, en abril de 2007, tuve la oportunidad de discutir con él los argumentos presentados en ese texto. Agradezco también al profesor Marcelo Guerra de la Universidade Federal do Ceará (Brasil), que hizo posible mi visita a Kiel (Alemania). Me gustaría también agradecer a Eugenio Bulygin, por haberme cedido gentilmente un manuscrito inédito sobre los puntos aquí discutidos. Por fin, agradezco a Brenda Maffei por la revisión apurada de una primera versión de este texto en la lengua castellana.

sion, the idea is to show that, contrary to what many may think, there are more points of convergence than divergence between the positivist and non-positivist accounts of the concept of Law.

**Palabras clave:** Derecho – Moral - Robert Alexy - Positivism jurídico - No-positivismo - Injusticia extrema.

**Keywords:** Law – Morality - Robert Alexy - Legal positivism - Non-positivism - Extreme injustice.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más controvertidos de toda la evolución histórica de la Filosofía del Derecho es el concerniente a las posibles relaciones entre el Derecho y la Moral: ¿Es el Derecho solamente una parte de la Moral, o es, por el contrario, un sistema normativo autónomo que, sin tener conexión alguna conceptualmente necesaria con la Moral, puede tener cualquier contenido? Investigar esta difícil cuestión es investigar el propio concepto de Derecho.

Se puede formular una distinción entre dos posiciones básicas: la *positivista* y la *no-positivista*. Ambas tienen en común, desde un punto de vista genérico, la pretensión de explicar el concepto de Derecho, y, así, de explicar lo que puede ser tenido como esencial y necesario acerca del Derecho en toda y cualquier comunidad que posea un sistema jurídico. En otras palabras, ellas comparten la pretensión de ofrecer una explicación universal del Derecho.

Aquellos que sostienen una concepción positivista del Derecho defienden la *tesis de la separación* que, en términos generales, sostiene que no existe ninguna conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la Moral, o que la definición del concepto de Derecho debe ser formulada de modo de no incluir elementos morales o, en otros términos, se puede decir que es la tesis que sostiene que lo que un sistema jurídico es puede ser identificado sin recurrir a argumentos morales. Las teorías positivistas, básicamente, argumentan que no se debe confundir lo que el Derecho *es* con lo que el Derecho *debe ser*, o sea, que no se debe confundir lo que el Derecho comanda, prohíbe o permite, con lo que valores como la justicia y la equidad demandan. Por su parte, aquellos que sostienen una concepción no-positivista del Derecho defienden la *tesis de la conexión* que, en términos generales, enuncia que la definición del concepto de Derecho debe ser

formulada de modo de incluir elementos morales, o, en otras palabras, es la tesis de que lo que un sistema jurídico es *no* puede ser identificado, por lo menos en algunas situaciones, sin recurrir a argumentos o valores morales. La inclusión o no de elementos morales en el concepto de Derecho es, sino la principal, una de las principales diferencias entre el positivismo y el no-positivismo.

A pesar de esa distinción aparentemente clara e inconfundible, es posible detectar, a lo largo de la historia del pensamiento jurídico, muchas versiones divergentes tanto en el positivismo jurídico como en el no-positivismo, según las distinciones y los elementos que se adopten para la definición del concepto de Derecho. A título de ejemplo, se puede hacer una distinción entre positivismo (o no-positivismo) *fuerte* y *débil*. Cuando se sostiene la tesis de la separación (positivismo jurídico), es posible mantener, por lo menos, dos versiones diferentes de la misma tesis: una versión *fuerte*, la de que la Moral está necesariamente excluida del concepto de Derecho; y una versión *débil*, la de que la Moral, a pesar de no estar necesariamente excluida, no está conectada de modo conceptualmente necesario, siendo esa conexión una cuestión contingente, dependiente de lo que viene enunciado en el Derecho positivo<sup>1</sup>. Se puede hacer una distinción similar dentro del no-positivismo. Quien defiende la tesis de la conexión puede sostener, al menos, dos versiones distintas: una versión fuerte, la de que todo y cualquier texto legislativo injusto (inmoral) es jurídicamente inválido, dada la conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la Moral; y una versión débil, la de que un texto legislativo injusto sólo es jurídicamente inválido cuando ultrapasa un cierto nivel tolerable de injusticia. Otra distinción posible relativa a la tesis de la conexión es la siguiente: una versión fuerte, que sostiene la existencia de una conexión necesaria entre el Derecho y una Moral *correcta* o *adecuada*; y una versión débil, que sostiene la existencia de una conexión necesaria entre el Derecho y *alguna* Moral.

Esa discusión, a pesar de eminentemente filosófica, posee una relevancia práctica innegable. Siendo el debate acerca del concepto de Derecho

<sup>1</sup> La distinción entre positivismo “fuerte” y “débil” puede ser encontrada, en la literatura, sobre la dicotomía “exclusivo” e “inclusivo”. Véase: TORRE, Massimo La., *On Two Distinct and Opposing Versions of Natural Law: “Exclusive” versus “Inclusive”*, en “Ratio Juris” 19, 2006: pp. 197-216; y ALEXY, Robert, *On the Concept and the Nature of Law*, en “Ius et Lex”, 2006a: pp. 31-51.

un debate sobre lo que el Derecho es, es imprescindible para cualquier jurista definir claramente cuál posición sostener. En los casos fáciles, la clareza de esa posición no parece ser tan exigida, y, muy comúnmente, esa posición es inclusive tomada como obvia, trivial o sin mayor importancia. En tales casos, las soluciones exigidas se sitúan en el campo de lo “puramente jurídico” o de lo “puramente técnico”, en el sentido de no depender de argumentos morales para que sean justificadas como *jurídicamente correctas*. En los casos difíciles, es decir, en los casos en que hay lagunas y conflictos entre normas (sobre todo de principios en colisión) o en que se toman decisiones *contra legem*, es incontestable la necesidad de tomar una posición clara acerca de cuál concepto de Derecho es correcto. En tales casos difíciles, soluciones “puramente jurídicas” o “puramente técnicas” no son suficientes, pues hay una exigencia (que, resáltese, es, para algunos, una exigencia *jurídica*) del uso de argumentos morales para justificarlas como soluciones *jurídicamente correctas*.

Dada la dificultad en formularse una distinción precisa entre el positivismo y el no-positivismo y, así, entre las posibles relaciones entre el Derecho y la Moral, cualquier análisis detallado sobre el tema exigiría mucho más de lo que será propuesto en este texto. Como el propio título indica, tengo un propósito bastante específico: el de analizar la contribución que Robert Alexy ofreció al corriente debate sobre el tema. Ese propósito se justifica por ser la contribución de Alexy una de las más importantes disponibles actualmente.

El estudio está dividido en dos partes centrales. En el punto II, procedo a una reconstrucción de las principales tesis y argumentos que Alexy desarrolló en sus más recientes escritos sobre el concepto de Derecho. En el punto III, discuto algunos de los contraargumentos que dos importantes autores del positivismo jurídico, Joseph Raz<sup>2</sup> y Eugenio Bulygin<sup>3</sup>, formularon a los argumentos de Alexy. Al final del texto, hago un balance de esas críticas y concluyo que, al contrario de lo que muchos puedan pensar, hay más puntos de convergencia que de divergencia entre las posiciones positivista y no-positivista para el concepto de Derecho.

<sup>2</sup> Cf. RAZ, Joseph, *The Argument From Justice or How not to Reply to Legal Positivism* (2009).

<sup>3</sup> Cf. BULYGIN, Eugenio, *Alexy between Positivism and Non-Positivism* (manuscrito inédito gentilmente cedido por el autor).



## II. UNA BREVE RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO EN ROBERT ALEXY

Procederé, en esta sección del texto, a una reconstrucción de los puntos más relevantes para una comprensión clara de lo que Alexy ha sostenido en algunos de sus más recientes escritos sobre el concepto de Derecho. Por un lado, Alexy busca refutar la tesis de la separación, tal como fue enunciada arriba y, por otro lado, busca defender una cierta versión del concepto no-positivista de Derecho (o sea, una cierta versión de la tesis de la conexión)<sup>4</sup>.

### 1. Sobre la conexión entre el Derecho y la Moral: tesis y tipos de argumentos posibles

El debate sobre las relaciones entre el Derecho y la Moral se refiere al debate sobre la (in-)existencia de una conexión necesaria entre el Derecho y la Moral. Hay, de acuerdo con Alexy, dos tipos de necesidad: la *necesidad conceptual* y la *necesidad normativa*<sup>5</sup>.

En lo que respecta a la necesidad conceptual, existen, básicamente, tres posibilidades para una conexión entre el Derecho y la Moral: la de que ella es *conceptualmente imposible*; la de que es *sólo conceptualmente posible*, o sea, de que *no es conceptualmente necesaria*; y la de que es *conceptualmente necesaria*. Quien sostiene la tesis de que no hay ninguna conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la Moral tiene que sostener alguna versión de la tesis de la separación (positivismo jurídico), ya que “[...] si una conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la Moral existe, entonces no se puede decir que la definición del Derecho excluye elementos morales”<sup>6</sup>. Según Alexy, si se demuestra que existe una conexión conceptualmente necesaria o que, por lo menos, es imposible sostener la inexistencia de tal conexión, hay un espacio favorable para versiones no-positivistas, las cuales no precisan afirmar que hay una conexión necesaria, pudiendo

<sup>4</sup> La mayor parte de los argumentos de Alexy pueden ser encontrados en su *Begriff und Geltung des Rechts*. Esa obra está disponible en lengua inglesa y en lengua española. Véase: ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Alber, Alber, 2002; —, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Oxford, Clarendon, 2004; —, *El Concepto y la Validez del Derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa, 2004.

<sup>5</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), pp. 20-3.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 21.

defender la tesis de que esa conexión es sólo *posible*. Esa posibilidad es asegurada a un no-positivista porque aún le restan argumentos normativos para sostener que “[...] la definición del concepto de Derecho incluye elementos morales”<sup>7</sup>. En contraposición, un positivista que no sostuviese la inexistencia de una conexión conceptualmente necesaria estaría, por lo menos, reconociendo la *posibilidad* de esa conexión, hecho que, según Alexy, debilitaría su versión positivista (sea cual fuere la versión).

En lo que respecta a la necesidad normativa<sup>8</sup>, se puede disponer de argumentos normativos para sostener tanto una separación como una conexión. En general, se sostiene una necesidad normativa cuando, para la realización de un cierto fin u objetivo, es necesario que se incluyan o que se excluyan elementos morales del concepto de Derecho. Es un argumento normativo, v. g., aquel que sostiene que “[...] sólo la tesis de la separación lleva a la clareza lingüística y conceptual o asegura la certeza jurídica [...]”<sup>9</sup>. En otras palabras, ese es un argumento normativo porque confiere una razón para justificar (moralmente) la separación entre el Derecho y la Moral. Otro argumento normativo, bastante usado en el jusnaturalismo clásico<sup>10</sup>, es el de que la legalidad del ordenamiento jurídico de una comunidad debe ser justificada por el fin del bien común. Ese argumento, por el contrario, ofrece una razón para justificar moralmente la conexión entre el Derecho y la Moral.

La tesis que Alexy sostiene es la siguiente:

Primero, *hay una conexión conceptualmente necesaria* entre el Derecho y la Moral; segundo, *hay argumentos normativos para incluir elementos morales en el concepto de Derecho*, argumentos que, en parte, fortalecen y que, en parte, van más allá de la conexión conceptualmente necesaria. Hay, en resumen, conexiones conceptualmente y normativamente necesarias entre el Derecho y la Moral<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> *Id.Ibidem*.

<sup>8</sup> Alexy escribe que la necesidad normativa es una necesidad sólo en un sentido amplio: “[...] that something is normatively necessary means nothing other than that it is commanded. One can, without contradicting oneself, challenge the validity of a command but not the existence of a conceptual necessity [...]” (*Id.Ibidem*).

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>10</sup> Para una versión contemporánea de ese argumento: FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights* (1980).

<sup>11</sup> En el original: “first, there is a conceptually necessary connection between law and morality, and, second, there are normative arguments for including moral elements in the

Alexy sostiene la posición de que hay una conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la Moral a través del argumento de la corrección, y refuerza esa tesis disponiendo de un argumento que marca la *necesidad normativa* de la conexión entre el Derecho y la Moral, el argumento de la injusticia (punto II.3). Adelanto que esos dos argumentos definidores de la versión no-positivista de Alexy pueden ser dispuestos de la siguiente forma:

a) El argumento de la necesidad conceptual: para Alexy, “[...] la pretensión de corrección es un elemento [conceptualmente] necesario del concepto de Derecho”<sup>12</sup>. Una versión de ese argumento puede ser formulada así: el legislador, al producir un texto legislativo, *pretende* que ese texto sea *correcto* (o sea, *justo*), aunque tal pretensión no implique necesariamente que ese texto *tenga que expresar necesariamente cierto contenido*. Eso es así porque la pretensión de corrección es un elemento constitutivo del concepto de un “legislador” (punto II.3.1).

b) El argumento de la necesidad normativa: por más que el texto legislativo *no tenga que expresar necesariamente cierto contenido*, la pretensión de corrección creada por el legislador implica que el texto legislativo *necesariamente no exprese cierto contenido*, aquel contenido que ultrapasa un nivel “tolerable” de injusticia, esto es, aquel contenido que configura una *injusticia extrema*. En resumen: para Alexy, normas o sistemas jurídicos extremadamente injustos no son Derecho (punto II.3.2)<sup>13</sup>.

## 2. Haciendo un cuadro conceptual<sup>14</sup>

### 2.1. La distinción entre conexión clasificativa y cualificativa

Como se ha visto, Alexy sostiene la tesis de que no hay sólo una conexión conceptualmente necesaria, sino también una conexión normativamente

---

concept of law, arguments that in part strengthen and in part go beyond the conceptually necessary connection. In short, there are conceptually necessary as well as normatively necessary connections between law and morality.” (Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 23).

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>13</sup> Ambos argumentos pueden ser considerados no sólo para el caso del legislador, sino también para el caso de los operadores y aplicadores del Derecho en general, y, en especial, de los jueces.

<sup>14</sup> Todas esas definiciones pueden ser encontradas de forma más completa en: ALEXY, Robert (2002), pp. 23-7.

necesaria entre el Derecho y la Moral. Alexy propone una distinción entre dos conexiones: la clasificativa y la cualificativa. La conexión clasificativa puede ser formulada así: normas o sistemas de normas, al no conformarse con un cierto criterio moral, dejan de ser normas o sistemas jurídicos. En otras palabras, la conexión clasificativa sostiene que normas o sistemas de normas, al no conformarse con un cierto criterio moral, *pierden su validez jurídica y se tornan jurídicamente inválidos*. La segunda es la conexión cualificativa y sostiene que normas o sistemas de normas, al no conformarse con un cierto criterio moral, no dejan de ser normas o sistemas jurídicos, ya que se tornan apenas normas o sistemas *jurídicamente defectuosos*. Es decir: normas o sistemas de normas, al no conformarse con un cierto criterio moral, *no* pierden su validez jurídica, toda vez que siguen siendo jurídicamente válidos. Para Alexy, ese defecto no es meramente moral, sino que es también un defecto *jurídico*.

Esa distinción, como se verá a lo largo del texto, es importante para la articulación de las posiciones centrales del no-positivismo alexyano. Alexy utiliza esa distinción para mostrar lo siguiente: a) “[...] un sistema de normas que no crea [en ningún sentido] una pretensión de corrección no es un sistema jurídico [...]” (conexión clasificativa); b) “[...] sistemas jurídicos que, de hecho, crean esa pretensión pero fallan en cumplirla son sistemas jurídicamente defectuosos [...]” (conexión cualificativa)<sup>15</sup>; c) normas o sistemas de normas que son extremadamente injustos son jurídicamente inválidos, o sea, no es todo defecto moral el que implica la invalidez jurídica, sino solamente aquel defecto que corresponde a una injusticia extrema (conexión clasificativa); d) normas o sistemas jurídicos que no son extremadamente injustos son jurídicamente defectuosos (conexión cualificativa)<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Alexy escribe: “[...] a system of norms that neither explicitly nor implicitly makes a claim to correctness is not a legal system. In this respect, the claim to correctness has a classifying significance. Legal systems that do indeed make this claim but fail to satisfy it are legally defective legal systems. In this respect, the claim to correctness has a qualifying significance [...]” (*Ibidem* p. 36).

<sup>16</sup> En el contexto de la aplicación del Derecho, el hecho de que una norma sea *jurídicamente defectuosa* es una razón para no aplicarla, sobre todo cuando exista otra norma que pueda ser aplicada en el caso y que no sea moral y jurídicamente defectuosa. Eso es lo mismo que decir que el defecto jurídico de una norma constituye una *razón que pesa en contra* de su aplicación a los casos concretos.

## 2.2. *El sistema jurídico a partir de dos puntos de vista: el del observador y el del participante*

Esa distinción entre dos puntos de vista a partir de los cuales se puede comprender un sistema jurídico es de especial relevancia. Hay variantes de esa distinción en autores como Hart<sup>17</sup> y Maccormick<sup>18</sup>. A pesar de poseer algunos puntos de similitud, Alexy sostiene una distinción que difiere de las visiones de esos dos autores.

El punto de vista del participante, para Alexy, puede ser definido como el de quien se cuestiona sobre *cómo decidir correctamente acerca de lo que es comandado, prohibido y permitido en el sistema jurídico en cuestión*<sup>19</sup>. Alexy escribe: “la perspectiva del participante es adoptada por quien, dentro del sistema jurídico, participa en una disputa sobre lo que es comandado, prohibido y permitido en ese sistema jurídico [...]”<sup>20</sup>. En el centro de la perspectiva del participante está el juez, ya que “[...] cuando otros participantes –profesores, abogados, o ciudadanos interesados– proponen argumentos en favor o en contra de ciertos contenidos del sistema jurídico, ellos se refieren [...] a como un juez tendría que decidir [...] para decidir correctamente”<sup>21</sup>. Por su lado, el punto de vista del observador no es el de quien se cuestiona sobre lo que es decidir correctamente dentro de un sistema jurídico, sino que consiste en *cuestionarse sobre cómo las decisiones son realmente tomadas en ese sistema jurídico*<sup>22</sup>.

En un texto reciente, Alexy formula esa distinción de un modo claro: “[...] el contexto del participante es definido por la cuestión ‘¿es la respuesta jurídica correcta?’, el del observador por la cuestión ‘¿cómo las decisiones jurídicas son realmente tomadas?’”. Él continúa afirmando que lo que torna la perspectiva del participante distinta es que ella necesariamente se relaciona, al menos en los casos de aplicación de principios, con

<sup>17</sup> Cf. HART, HLA (1994), pp. 65-8.

<sup>18</sup> Cf. MACCORMICK, Neil (2008), pp. 43 y ss. En cuanto Hart habla de una distinción entre punto de vista interno y externo, Maccormick propone una distinción entre punto de vista interno extremo, punto de vista hermenéutico o punto de vista interno no-extremo (que es lo que Raz llama punto de vista no-comprometido) y punto de vista externo. No es posible profundizar esas distinciones aquí.

<sup>19</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 25.

<sup>20</sup> *Id. Ibidem.*

<sup>21</sup> *Id. Ibidem.*

<sup>22</sup> *Id. Ibidem.*

una dimensión *ideal* del concepto de Derecho: “[...] si la respuesta de un participante a la cuestión de lo que el Derecho es –al menos en los casos que no pueden ser resueltos por simple subsunción– implica consideraciones sobre lo que el Derecho debe ser, entonces él tiene que presuponer *un concepto de Derecho que incluye no sólo una dimensión factual, sino también una dimensión ideal*”<sup>23</sup>.

Esa distinción merece destaque porque, como se verá en el punto III, los argumentos propuestos por Alexy en favor del no-positivismo generan conclusiones distintas acerca de cuál concepto de Derecho elegir. En efecto, al comprenderse los argumentos alexyanos a partir del punto de vista del observador es posible admitir la tesis de la separación sin mayores problemas. Alexy afirma, por ejemplo, que “[...] desde el punto de vista del observador, la inclusión de elementos morales en el concepto de Derecho no es, en ningún sentido, conceptualmente necesaria [...]”<sup>24</sup>, y que “[...] desde la perspectiva de un observador [...] la tesis positivista de la separación es correcta”<sup>25</sup>. Cuando se toma el sistema jurídico a partir del punto de vista de un participante, la situación es bastante diferente. Alexy enuncia que, desde la perspectiva del participante, “[...] la tesis de la separación no es adecuada y la tesis de la conexión es correcta”<sup>26</sup>. Ese punto será mejor discutido en seguida, cuando proceda a la reconstrucción de los argumentos de Alexy a partir del punto de vista de un participante del sistema jurídico.

### 2.3. *Por un concepto no-positivista de Derecho: los tres argumentos*

Los tres argumentos que serán presentados comprenden los puntos centrales del razonamiento de Alexy en favor de una versión no-positivista del concepto de Derecho. El primero de ellos, el argumento de la corrección, sirve de base para los otros dos argumentos, el argumento de la injusticia y el argumento de los principios. Como se verá, los tres se complementan, en el sentido de que el argumento de la corrección traza una moldura que es completada con un argumento normativo (el argumento de la injusticia) y con un argumento de método (el argumento de los principios).

<sup>23</sup> Cf. ALEXY, Robert (2007a), pp. 46-8.

<sup>24</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 29.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 35.

### 2.3.1. *El argumento de la corrección*

La breve formulación de ese argumento que he sugerido en el punto 2.1 será ahora debidamente extendida. En 2.1, se sostuvo que: a) el legislador, al producir un texto legislativo, *pretende* que ese texto sea *correcto* (o sea, *justo*), aunque tal pretensión no implique que ese texto legislativo *tenga que expresar necesariamente cierto contenido* (pretensión de corrección). Es posible reestructurar a) de modo de convertirlo en un enunciado que parta no ya de una pretensión del legislador, sino de una pretensión de un juez: a.1) el juez, al tomar una decisión judicial, *pretende* que esa decisión sea *correcta* (o sea, *justa*), aunque tal pretensión no implique que esa decisión judicial *tenga que expresar necesariamente cierto contenido*. Con a) y a.1) se puede llegar a una forma general del argumento de la corrección: “[...] normas jurídicas individuales y decisiones judiciales individuales, así como sistemas jurídicos como un todo, necesariamente crean una pretensión de corrección”<sup>27</sup>.

Para demostrar a) y a.1), Alexy recurre a la formulación de contradicciones performativas. Un caso clásico de ese tipo de contradicción es el del enunciado “El gato está en el cuarto, pero yo no creo que él esté allí”<sup>28</sup>. Quien profiere “El gato está en el cuarto” está comprometido con la proposición de que “(Yo creo) que el gato está en el cuarto” (actitud proposicional de verdad), incluso cuando el gato no está, de hecho, en el cuarto. En efecto, si el hablante no estuviese comprometido con esa proposición, o sea, si él afirmase “El gato está en el cuarto” creyendo en la proposición de que “El gato no está en el cuarto”, sería posible a cualquier persona mentir sin ningún control. Si puede ser verificado que el gato no está en el cuarto, quien profiere ese enunciado (creyendo en su verdad) incurre en un error y no en una contradicción (o en una mentira). Es parte del concepto de una afirmación la idea de que cuando uno afirma algo uno *pretende* que ese algo sea verdadero, y eso implica que quien afirma y, al mismo tiempo, niega lo que afirma incurre en una falla *conceptual* y no sólo en una falla técnica. Una contradicción performativa, resáltese, es una contradicción que ocurre cuando se toman expresiones lingüísticas como actos de habla

<sup>27</sup> En el original: “[...] individual legal norms and individual legal decisions as well as legal systems as a whole necessarily lay claim to correctness”. (Cf. ALEXY, Robert (2002), pp. 35-6).

<sup>28</sup> Cf. AUSTIN, John Langshaw, *Philosophical Papers* (1970).

(*speech-acts*), o sea, en cuanto usadas en la realización de acciones. Toda falla conceptual puede ser considerada como una violación de las reglas constitutivas de los actos de habla<sup>29</sup>. En ese sentido, es una regla constitutiva del acto de habla de la *aserción* la regla de que quien realiza ese acto lo tiene que realizar con la creencia de que lo que es aseverado pueda ser verdadero. Alexy propone los siguientes enunciados:

P(a): X es una república soberana, federal e injusta

P(a.1): Condeno al acusado a prisión perpetua, aunque yo crea que esa es una interpretación errónea del Derecho vigente.

En esa línea argumentativa, P(a) falla por ser la pretensión de corrección un elemento constitutivo del acto de promulgar una Constitución. Alexy enuncia que “[...] la pretensión de corrección [en ese caso, una pretensión de justicia] está necesariamente conectada con el acto de promulgar una Constitución, [...] hay una contradicción performativa si el contenido de ese acto de promulgar una Constitución niega la pretensión de justicia [...]”<sup>30</sup>. Por otra parte, P(a.1) falla no sólo por el simple hecho de que el juez, al hacerlo, está violando un conjunto considerable de reglas sociales y jurídicas, sino porque en toda y cualquier decisión judicial es *creada una pretensión de que el Derecho está siendo aplicado correctamente*, inclusive cuando tal pretensión no es cumplida o es mal cumplida. Alexy escribe que, en ese caso, “[...] la pretensión levantada por el acto institucional de la toma de decisión [*sentencing*] es contradicha por el contenido de la decisión”<sup>31</sup>. La falla conceptual presente en P(a) y en P(a.1) resta, por lo tanto, en el hecho de que la pretensión de corrección es un *elemento constitutivo* del concepto de “Constitución” y del concepto de “decisión judicial”, una vez que hay una contradicción entre el *acto* de promulgar una Constitución y el *acto* de enunciar sentencias como “X es una república injusta” y entre el *acto* de tomar una decisión judicial y el *acto* de enunciar sentencias como “Condeno a X a prisión perpetua, pero creo que esa condenación es una interpretación errónea del Derecho vigente”.

<sup>29</sup> Para el concepto de reglas constitutivas, véase, por todos: SEARLE, John, *Speech Acts* (1969).

<sup>30</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 38.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 39.



La tentativa de Alexy con el argumento de la corrección es, sobre todo, mostrar que un participante del sistema jurídico, cuando formula proposiciones sobre ese sistema jurídico, siempre levanta la pretensión de que esas proposiciones sean correctas. El argumento de la corrección, resáltese, no es suficiente para demostrar la tesis de la conexión, ya que “[...] un positivista puede sostener el argumento de la corrección e incluso así defender la tesis de la separación”<sup>32</sup>. Ese positivista puede argumentar que la pretensión de corrección no puede implicar una conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la Moral, ya que esa pretensión tiene un contenido trivial sin implicaciones morales. Para responder esa objeción, el próximo paso de Alexy es aducir razones para demostrar que la pretensión de corrección tiene implicaciones morales (la parte *normativa* de su razonamiento). Una vez demostradas la necesidad conceptual de la pretensión de corrección y las implicaciones morales que de ella siguen, queda también demostrada su tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la Moral.

### 2.3.2. *El argumento de la injusticia (la fórmula de Radbruch)*<sup>33</sup>

En el punto 2.1, he formulado, de modo preliminar, un posible enunciado para el argumento de la injusticia: b) por más que el texto legislativo *no tenga que expresar necesariamente cierto contenido*, la pretensión de corrección creada por el legislador implica que el texto legislativo *necesariamente no exprese cierto contenido*, aquel contenido que ultrapasa un nivel “tolerable” de injusticia, esto es, aquel contenido que configura una *injusticia extrema*. En ese modo de formular el argumento, la conexión entre la pretensión de corrección del Derecho y la prohibición normativa de la injusticia extrema queda explícita. Alexy escribe que “[...] en el caso de la injusticia extrema, el problema ético es también un problema jurídico [...]”, y, de ese modo, el argumento de la injusticia extrema se refiere a “[...] una tesis sustantiva [...] que sólo puede ser atacada con argumentos sustantivos [...]”<sup>34</sup>. En cuanto a que la pretensión de corrección es un argumento *conceptual*, el argumento que procede de la injusticia extrema es un argumento *normativo*, y, por lo tanto, ofrece una razón sustantiva para

<sup>32</sup> *Id. Ibidem.*

<sup>33</sup> Para un enunciado de ese argumento por el propio Radbruch, véase el punto 3.1 siguiente.

<sup>34</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 45.

justificar la inclusión de un elemento moral en el concepto de Derecho<sup>35</sup>. Para formular ese argumento, Alexy dispone de una estrategia más detallada, buscando superar algunas objeciones previas que fueron hechas al argumento de la injusticia extrema en la versión de Radbruch. Aquí no es posible dar cuenta de esa discusión por completo, y me limito a marcar lo que juzgo central para los objetivos de este texto<sup>36</sup>. El argumento de la injusticia puede ser aplicado, desde el punto de vista de un participante, tanto a *normas singulares*<sup>37</sup> como a *sistemas jurídicos* como un todo, y el argumento se presenta de un modo distinto dependiendo del punto de partida.

En lo que respecta a la aplicación del argumento de la injusticia a normas singulares, el primer punto relevante es que, para Alexy, una norma singular *no* pierde su estatus “jurídico” si ella es sólo injusta, ya que sólo lo pierde cuando la injusticia alcanza un *nivel intolerable*. Un grupo de objeciones a ese argumento se refiere a lo que se puede llamar “objeciones provenientes del *relativismo*”. En general, dentro de ese grupo se puede encontrar: i) la objeción más radical de que no es sólo difícil identificar los límites entre la injusticia *simpliciter* y la injusticia extrema, sino que también ninguna noción de justicia puede ser racionalmente justificada u objetivamente conocida<sup>38</sup>; ii) la objeción menos radical que enuncia que ese argumento de la injusticia (*simpliciter*) pone en jaque la *certeza jurídica*, toda vez que las normas singulares, en general, perderían totalmente su fuerza práctica o normativa, aunque fuera posible ofrecer alguna justificación moral y racionalmente posible para la injusticia de esas normas<sup>39</sup>; iii) la objeción menos radical de que un concepto no-positivista de Derecho

<sup>35</sup> Eso, resáltese, no significa que la pretensión de corrección no pueda servir como una instancia crítica para evaluar argumentos normativos, como es el argumento de la injusticia.

<sup>36</sup> Para la discusión completa, véase: ALEXY, Robert (2002), pp. 40 y siguientes.

<sup>37</sup> Alexy usa el término “normas individuales”. Creo que, por una cuestión de precisión terminológica, es más claro usar el término “normas singulares”, ya que es posible evaluar la injusticia (extrema) de normas singulares que pueden ser tanto generales como individuales.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>39</sup> Ese punto puede ser mejor formulado: esa es una tesis relativista no-radical que, además de presuponer la posibilidad de justificar racionalmente alguna noción de justicia o de injusticia extrema, presupone también que no hay sólo una justificación posible, y que, así, personas distintas pueden discordar de lo que es o no una injusticia extrema sin que estén siendo, al mismo tiempo, irracionales al defender sus posiciones. Es el problema de cómo dos o más tesis *incompatibles* acerca de la justificación racional de la noción de justicia (o de injusticia extrema) pueden ser *igualmente válidas o correctas*.

que tenga como elemento constitutivo el argumento de la injusticia corre el riesgo de legitimar acríticamente la no-aplicación del Derecho legítimamente estatuido (argumento de la *efectividad*).

En contra de esas objeciones, es importante destacar que la posición de Alexy no es afirmar que una norma sólo es una norma jurídica cuando su contenido corresponde a la Moral, sino que es afirmar que una norma *no* es una norma jurídica cuando su contenido ultrapasa un nivel intolerable de injusticia, el de la injusticia extrema. En ese punto, Alexy adhiere a una tesis *débil* de la conexión entre el Derecho y la Moral, que es mejor expuesta por una formulación negativa: “[...la tesis débil de la conexión] enuncia que normas injustas y por lo tanto inmorales pueden ser Derecho”<sup>40</sup>.

Esa formulación negativa de su tesis no-positivista aleja, v. g., la objeción de la legitimidad acrítica, en la medida en que normas jurídicas inmorales pueden sí ser normas jurídicas, y entonces existiría un espacio, dentro de la tesis débil, para la crítica acerca de la *legitimidad moral* del Derecho<sup>41</sup>; y aleja también la objeción de la incerteza jurídica, ya que sólo normas extremadamente injustas no serían consideradas como normas jurídicas. Alexy admite incluso que, aunque se suponga una pérdida (mínima) de certeza jurídica con su tesis no-positivista, es preciso tener en cuenta que la certeza jurídica, a pesar de ser un valor importante, no es el único valor relevante, ya que es igualmente necesario ponderarlo con el valor de la justicia material en la configuración de un concepto correcto de Derecho<sup>42</sup>. Para responder a la objeción relativista más radical es necesario demostrar que se puede justificar racionalmente nociones de justicia, y, sobre todo, de injusticia extrema. Eso, en última instancia, remitiría a la cuestión de si es posible justificar racionalmente juicios valorativos o morales, la cual, debido a su extensión, no puede ser analizada aquí<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 48.

<sup>41</sup> Alexy contrasta la tesis débil con una tesis fuerte: “una norma es jurídica sólo si es moral”, lo que es lógicamente equivalente a ‘si una norma es jurídica, es moral’. Si el punto de partida es esa versión [fuerte] de la tesis de la conexión [...] entonces todo jurista que caracteriza una norma como una norma jurídica debe al mismo tiempo clasificarla como moralmente justificada. Eso lleva consigo el riesgo de una legitimación acrítica del Derecho[...]” (*Ibidem*, p. 47).

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>43</sup> Alexy desarrolló toda una teoría para resolver ese tipo de problemas. En general, su posición es la de que una proposición como “La destrucción física y material de una minoría de la población con fundamento en la raza es injusticia extrema” puede ser justificada

En lo que respecta a la aplicación del argumento de la injusticia a los sistemas jurídicos como un todo, un argumento general puede ser formulado del siguiente modo: un sistema de normas pierde su estatus “jurídico” si es, en general (*by and large*), extremadamente injusto. El problema es saber si ese sistema de normas se torna extremadamente injusto si, y sólo si, todas las normas de ese sistema son extremadamente injustas, o si puede ocurrir que el sistema sea en general extremadamente injusto cuando sólo algunas de sus normas son extremadamente injustas. La primera hipótesis no levanta ningún punto relevante para la discusión, ya que es trivial que si todas las normas que componen un sistema son extremadamente injustas, ese sistema no puede ser considerado, a partir del argumento de la injusticia, un sistema jurídico. La segunda hipótesis, no obstante, es más interesante, y levanta la cuestión de cuáles normas del sistema necesitan ser extremadamente injustas para que el sistema como un todo pierda su estatus de “sistema jurídico”. La sugerencia más plausible es que si las normas sustantivas fundamentales de ese sistema pierden su estatus de “normas jurídicas”, entonces todas las demás normas del sistema también pierden ese estatus. Si es así, entonces no sería posible sostener la tesis de que un sistema de normas es extremadamente injusto si ninguna de sus normas no fuese extremadamente injusta. De eso sigue que la injusticia extrema de cualquier sistema de normas está siempre conectada con la injusticia extrema de, por lo menos, algunas de sus normas singulares, que es el caso central de ese tipo de injusticia<sup>44</sup>.

### 2.3.3. *El argumento de los principios*

De inicio, Alexy propone un argumento *empírico* y lo llama *tesis de la incorporación*: “[...] todo sistema jurídico que es al menos mínimamente desarrollado contiene necesariamente principios”.<sup>45</sup> Si esa tesis es plausible,

---

racionalmente y una proposición como “La destrucción física y material de una minoría de la población con fundamento en la raza no es injusticia extrema” no puede ser justificada racionalmente (Cf. ALEXY, Robert (2002), pp. 54-5). Para el desarrollo completo de esas ideas, véase: ALEXY, Robert, *Theorie der Juristischen Argumentation* (1978).

<sup>44</sup> Alexy escribe: “[...] applying the argument from injustice to a legal system as a whole does not lead to consequences that go beyond the consequences of applying the argument to individual norms” (Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 68).

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 71. Alexy también afirma que “[...] comenzando desde un nivel mínimo de desarrollo, todos los sistemas jurídicos necesariamente contienen principios [...] esa es

entonces sigue otra tesis, la *tesis de la Moral*: “de acuerdo con esa tesis, [un sistema jurídico] necesariamente incluye principios que pertenecen a una Moral [...]”<sup>46</sup>, o sea, de la tesis de la incorporación sigue la tesis de que hay una conexión del Derecho con *alguna* Moral. Por otro lado, si la aplicación de esos principios a casos concretos levanta una pretensión de corrección jurídica, y si por lo menos algunos de esos principios tienen un contenido moral, entonces se sigue que “[...] la pretensión de corrección jurídica necesariamente conectada con la decisión [de aplicar principios a casos concretos] incluye una pretensión de corrección moral [...]”<sup>47</sup>. Es esa última posición que le permite a Alexy defender una tesis fuerte de la conexión necesaria, es decir, la tesis de que hay una conexión necesaria entre el Derecho y la Moral correcta o adecuada. De eso se sigue que a) “[...] la pretensión de corrección implica una *pretensión de justificabilidad* [...]” que se refiere a la corrección de la decisión de un juez “[...] en los términos de una Moral justificable y, por lo tanto, correcta”<sup>48</sup>; y que b) “[...] si] principios que son [...] principios morales están incluidos en el Derecho, entonces el juez que recurre a ellos [...] está tomando su decisión con base en *padrones jurídicos* [...], la decisión del juez está basada en razones jurídicas, pero, de acuerdo con su contenido, está basada en razones morales”<sup>49</sup>.

Para concluir, es importante resaltar que Alexy, al enunciar a) y b), no sostiene que toda decisión jurídica individual “[...] necesariamente satisfaca la pretensión de corrección moral [...]” o que “[...] el Derecho es siempre moralmente correcto”. Eso implicaría la posición de que todo lo que no es moralmente correcto no es Derecho. La posición de Alexy, en ese punto, tiene que ver con una conexión cualificativa y no clasificativa. Alexy escribe que “[...] la pretensión de corrección que está necesariamente conectada

---

una base suficiente para establecer [...] una conexión necesaria entre el Derecho y la Moral [...]” (p. 74).

En ese punto, Alexy presupone su distinción entre principios (mandatos de optimización) y reglas (mandatos definitivos). En el presente texto no hay espacio para discutir esa distinción. Véase: ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte* (1985).

<sup>46</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 76.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 78. Alexy escribe: “Beyond the threshold of extreme injustice, there is broad agreement about what violates morality, but below this threshold, controversy prevails. This does not mean that, below the threshold, there are no standards whatsoever for what is just and what is unjust. The key is the claim to justifiability implicit in the claim to correctness [...]” (p. 79).

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 76.

con el Derecho, al incluir una pretensión de corrección moral, es la razón por la cual, abajo del límite de la injusticia extrema, una violación de la Moral correcta no lleva [...] a la pérdida del status jurídico, sino necesariamente a la defectuosidad jurídica [*legal defectiveness*]<sup>50</sup>.

### 3. Las objeciones de Raz y Bulygin

Como he afirmado en la introducción, en esta sección discuto algunas de las principales objeciones que los argumentos de Alexy recibieron de dos importantes autores de la tradición del positivismo jurídico. En el punto 3.1, hago una reconstrucción de los principales puntos de crítica de Joseph Raz. En el punto 3.2, trato la más reciente crítica que Eugenio Bulygin formula con el intento de refutar el razonamiento de Alexy. En el punto 3.3, por fin, hago una comparación general de la contraargumentación de esos dos autores y observo que, aunque ambos sigan líneas de razonamiento distintas, ellas se refuerzan mutuamente como un “foco de resistencia común” del positivismo jurídico no necesariamente contra lo que es esencial en una posición no-positivista o no necesariamente contra lo que es esencial en la posición no-positivista defendida por Alexy.

#### 3.1. La crítica de Raz

a) La crítica de Raz comienza por el propio título de su texto. Mientras que el título de la traducción inglesa del libro de Alexy es *The argument from Injustice: a reply to legal positivism*, el título del texto de Raz es *The argument from Justice or How not to reply to legal positivism*. En términos generales, lo que Raz intenta hacer es mostrar que aquello que Alexy juzga identificar como la “tesis de la separación” del positivismo jurídico es una tesis que no es compartida ni por el propio Raz, ni por ningún otro autor de relevancia que se ha identificado como “positivista jurídico”.

Alexy formula la “tesis de la separación” sosteniendo que ella consiste en la definición del concepto de Derecho sin que ningún elemento moral sea incluido. La primera reconstrucción que propone Raz es que, si ningún elemento moral debe ser incluido en la definición del concepto de Derecho, entonces la tesis formulada por Alexy es la de que ningún concepto moral figure en la definición de Derecho. Si esa reformulación es válida, entonces

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 79.

sigue que el “positivista” que no admitiera en una *definición* de Derecho conceptos morales (lo que quiera que esos conceptos, de hecho, sean) estaría dentro de la clase genérica del “positivismo jurídico” que formula Alexy. El propio Raz no ha formulado ninguna definición de Derecho y su razonamiento en favor de la naturaleza autoritativa del Derecho<sup>51</sup>, aunque se relacione con la posición de que el Derecho necesariamente pretende tener autoridad legítima y de ser esa pretensión, para Raz, una pretensión moral, en ningún momento ha sostenido la posición de que una *definición* de Derecho incluye o tiene que incluir conceptos morales. Para ser exacto, Raz, compartiendo la posición de Hart en *The Concept of Law* (1961), ni siquiera cree que formular una definición de Derecho sea una tarea productiva. La investigación sobre la naturaleza del Derecho es, ante todo, una investigación sobre las propiedades *necesarias* y *esenciales* del Derecho o, si se prefiere, del *concepto de Derecho*. Eso no presupone siquiera que una definición del concepto de Derecho sea posible. La tarea es poco productiva, entre otras razones, porque un mismo concepto puede admitir más de una definición igualmente válida y porque puede ocurrir, incluso, que un concepto no sea pasible de ninguna definición.

Otra tesis que Alexy atribuye a las “teorías de tradición positivista” y que, según Raz, no es compartida por muchas de esas teorías es la tesis de la contingencia, esto es, la tesis que enuncia la existencia de alguna conexión entre el Derecho y la Moral, pero afirma que esa conexión es contingente, dependiendo de lo que viene enunciado en el Derecho positivo<sup>52</sup>. Para Raz, lo que hay de común en la tradición del positivismo jurídico es la tesis de que determinar lo que el Derecho es no depende necesariamente o conceptualmente de consideraciones morales o valorativas<sup>53</sup>. En ese punto, Raz admite que la tesis común en el positivismo jurídico es una tesis sobre la posibilidad de *identificar* lo que el Derecho es (lo que un sistema jurídico comanda, prohíbe o permite) sin recurrir a valores morales, y no una tesis sobre lo que el Derecho debe ser, teniendo en cuenta ciertas circunstancias.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Véase, para el proyecto raziano del Derecho en cuanto una estructura de autoridad: RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, OUP, 2009; RAZ, Joseph, *Authority, Law and Morality*, en *Ethics in the Public Domain*, Oxford, OUP, 1996, pp. 210-37.

<sup>52</sup> Raz escribe: “hay naturalmente un número indefinido de propiedades morales necesarias que el Derecho de cualquier país debe tener [...]” (Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 318).

<sup>53</sup> Para una versión de esa tesis: MARMOR, Andrei (2001), p. 71.

<sup>54</sup> Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 319.

b) Raz encuentra cierta dificultad en comprender la distinción de Alexy entre la perspectiva del participante y del observador. Como se ha visto, Alexy toma la perspectiva del participante como siendo la de quien participa, *dentro del sistema jurídico*, de una disputa sobre lo que es comandado, prohibido y permitido en ese sistema jurídico; y toma la perspectiva del observador como siendo la de quien pregunta sobre cómo las decisiones son realmente tomadas en cierto sistema jurídico. Para Raz, no está claro, primero, qué significa participar de una disputa, y, segundo, qué significa participar de una disputa dentro del sistema jurídico. Un japonés que, v. g., no siendo naturalizado brasileño y no compartiendo ningún conocimiento más cercano de la cultura jurídica brasileña, escribiese un texto criticando algunas de las decisiones del Supremo Tribunal Federal brasileño por no estar de acuerdo con una interpretación que él considera más adecuada de las leyes brasileñas, ¿estaría o no participando de una disputa *dentro del sistema jurídico brasileño*? ¿O la perspectiva del participante debe ser tomada de modo más estricto, sólo para el caso de un abogado que, v. g., formula la misma línea de razonamiento del crítico japonés, pero para defender a un cliente en un Tribunal en Brasil?

Raz sostiene que no habría cualquier distinción relevante entre esas dos situaciones y admite que, en la ausencia de una mejor explicación por parte de Alexy, “[...] la perspectiva del participante [de Alexy] no tiene nada que ver con la participación en disputas”<sup>55</sup>. Raz identifica un problema similar con la definición de Alexy sobre la perspectiva del observador. La duda es si compartir la perspectiva del observador es sólo compartir una perspectiva que debe ser efectivamente adoptada por alguien que busque responder la cuestión de cómo las decisiones son realmente tomadas, o si para compartir esa perspectiva alguien precisa sólo formular la pregunta sobre cómo las decisiones son realmente tomadas. Para Raz, Alexy tampoco ofrece cualquier camino de respuesta para ese punto. Eso lo hace admitir que

---

Resáltese que Alexy es el único autor contemporáneo que formula una auténtica definición del concepto de Derecho (Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 127). Él admite que, consistiendo la naturaleza del Derecho en sus propiedades necesarias, “[...] toda definición del concepto de Derecho corre el riesgo de fallar en identificar esas propiedades adecuadamente [...]”. Alexy asume que esas propiedades, para que sean comprendidas como propiedades necesarias de un mismo concepto, tienen que ser dispuestas de un modo *sistemático*, y alguna definición del concepto de Derecho puede ser útil para rellenar esa necesidad (Cf. ALEXY, Robert (2007a), p. 42).

<sup>55</sup> Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 321.



compartir esas perspectivas es sólo “[...] endosar proposiciones o visiones sobre lo que el Derecho es (perspectiva del participante) o sobre cómo las cortes realmente deciden los casos (perspectiva del observador)”<sup>56</sup>.

c) En lo que respecta a la tesis de la corrección de Alexy, Raz identifica una primera dificultad: la de tomar la pretensión de corrección, sea en el Derecho como un todo, sea en las normas y decisiones judiciales, como algo que es específico del concepto de Derecho. Para Raz, la tesis de la corrección debe estar anclada en una tesis más general de que toda acción intencional levanta, en las circunstancias en que ella es realizada, una pretensión de ser una acción *correcta* en cuanto una acción de su tipo (un agente que promete algo pretende que su acción lingüística sea reconocida como una promesa y no como un consejo o una orden, v. g.)<sup>57</sup>. La lectura “jurídica” de esa tesis general es que una de las descripciones posibles de lo que el Derecho es corresponde a la lectura de que el Derecho es un producto de acciones humanas intencionales y, por lo tanto, todas aquellas propiedades que son típicas de las acciones intencionales también lo son del Derecho en cuanto producto de esas acciones. Así, la pretensión de corrección de las acciones intencionales no sería algo específico del Derecho y, por lo tanto, no sería algo que identifica una propiedad específica del concepto de Derecho.

Una segunda dificultad levantada por Raz, y que será también levantada por Bulygin (punto 3.2), es que la tesis de la corrección, en el modo como Alexy la sostiene, se relaciona con una pretensión de que el Derecho sea *moralmente correcto*. Alexy, en algunos fragmentos de su texto, utiliza la expresión “pretensión de justicia” (*claim to justice*)<sup>58</sup>, que tal vez sea una expresión más adecuada si se quiere mostrar algo específico acerca del concepto de Derecho<sup>59</sup>. Además, debe notarse que la tesis de la corrección

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 322.

<sup>57</sup> Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 324. Raz escribe: “[...] if an agent acts intentionally and is proven to have acted inappropriately or unwisely, or in some other way to have acted as he should not have, he must, once convinced of his mistake, believe that he should not have acted as he did, on pain of irrationality. In this sense, every intentional action ‘claims’, that is commits its agent to, its own correctness”.

<sup>58</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), pp. 37-8.

<sup>59</sup> Raz sostiene esa posición: “[...] if the law is committed to standards of justice this follows from the nature of law, not from the nature of purposeful activity. It follows that nothing can be learnt from the correctness thesis about the nature of law [...]” (Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 326).

no puede ser usada como una estrategia para refutar alguna posición positivista, y el propio Alexy admite que su tesis de la corrección no es incompatible con una posición positivista del concepto de Derecho. Alexy escribe que “[...] un positivista puede endosar el argumento de la corrección e incluso así insistir en la tesis de la separación, [...] puede] sostener que la pretensión de corrección, teniendo contenido trivial sin implicaciones morales, no puede conducir a una conexión conceptual entre el Derecho y la Moral [...]”<sup>60</sup>. Eso es así, en parte, porque la tesis de la corrección, aunque no sea una tesis vacía, es una tesis *formal*, que establece “una verdad conceptual” y que sólo “[...] marca la naturaleza de la actividad propositiva [...]”<sup>61</sup>.

d) Considérese, ahora, un enunciado del argumento de la injusticia en Radbruch: “El conflicto entre justicia y certeza jurídica puede ser bien resuelto del siguiente modo: el Derecho positivo, asegurado por la legislación y por el poder, tiene precedencia incluso cuando su contenido es injusto e inapropiado, a menos que el conflicto entre la ley y la justicia alcance un nivel intolerable al punto de que la ley, en cuanto una “ley ilegal”, deba ceder a la justicia”<sup>62</sup>. En ese enunciado se puede identificar una ambigüedad relevante. De un lado, se puede admitir que la corte tiene un deber de no aplicar una disposición legislativa si esa disposición es extremadamente injusta. Esa interpretación de la fórmula de Radbruch es compatible con la tradición de las teorías positivistas si con “deber de no aplicar una disposición legislativa” se designa un *deber moral*, y no un *deber jurídico*. Por otro lado, se puede admitir que el Derecho necesariamente contiene una norma jurídica que enuncia que las cortes *deben* no aplicar leyes extremadamente injustas. Esa última interpretación de la fórmula de Radbruch puede ser comprendida de dos maneras: la primera es la tesis de que todo sistema jurídico contiene o debe contener una regla que enuncia que leyes extremadamente injustas no son Derecho; y la segunda es la tesis de que todo sistema jurídico contiene o debe contener una regla (jurídica) que ordene que los jueces deben no aplicar reglas (extremadamente) injustas inclusive si ellas son “jurídicas”. Esas dos maneras de interpretar la fórmula de Radbruch designan propiedades *contingentes* de los sistemas jurídicos, aunque afirmen que son propiedades que un sistema jurídico *debe* tener (léase: propiedades que *es bueno o deseable* que un sistema jurídico tenga).

<sup>60</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 39.

<sup>61</sup> Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 326.

<sup>62</sup> Cf. RADBRUCH, Gustav (1990), p. 89 (traducción libre).

Raz sostiene la segunda interpretación cuando escribe: “Si asumimos que la regla que confiere poder a las Cortes para alejar leyes extremadamente injustas puede existir en algunos sistemas jurídicos y no existir en otros, entonces su existencia puede solamente ser un *problema de hecho social* [...]”<sup>63</sup>. Él también afirma que esa es incluso la posición de Alexy, la cual “[...] sólo muestra que el Derecho incluye tales elementos [morales], o sea, que el Derecho *puede* incluir una norma que establezca que leyes extremadamente injustas son inválidas si, por ejemplo, la legislatura aprueba una ley para ese efecto, [...] el concepto de Derecho no necesita incluir nada más allá de que el Derecho es aquello que la legislatura legisla”<sup>64</sup>. En efecto, Alexy, al afirmar que los jueces dejan o pueden dejar de aplicar leyes extremadamente injustas sobre la base de *razones jurídicas* (y no sólo sobre la base de razones morales), ajusta su posición con esa segunda interpretación de la fórmula de Radbruch. Alexy enuncia que el juez “debe caracterizar su decisión [esto es, la decisión de no aplicar una ley extremadamente injusta] como “Derecho” en la medida en que él está decidiendo sobre la base de *razones jurídicas*”<sup>65</sup>. Raz da una interpretación alternativa de ese punto afirmando que Alexy puede estar enunciando que el juez debe tomar su decisión partiendo del presupuesto de que ella es una decisión jurídicamente vinculante. El problema es que, para Raz, una decisión es jurídicamente vinculante no porque el juez está decidiendo sobre la base de razones jurídicas, sino porque se le fue conferido un poder (jurídico) para resolver el conflicto que le fue presentado. El poder (jurídico) conferido al juez “es lo que torna su decisión vinculante en el Derecho, y ella es *vinculante inclusive cuando sea jurídicamente errada*, es decir, incluso si ella no está *correctamente basada en las razones jurídicas*”<sup>66</sup>. En la posición raziana, por lo tanto, la única línea de razonamiento que podría ser formulada en contra de una posición positivista no es la de demostrar que las cortes de todo y cualquier sistema jurídico deben no aplicar leyes extremadamente injustas, mas sí la de demostrar que el Derecho<sup>67</sup> necesariamente

<sup>63</sup> Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 330.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 327.

<sup>65</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 39.

<sup>66</sup> En el original: “That makes his decision binding in law, and it is so binding even if it is mistaken in law, that is, even if it is not correctly based on legal reasons” (Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 329).

<sup>67</sup> Formulo ese punto usando el término “Derecho” y no “todo y cualquier sistema jurídico”, porque así se abre espacio para sostener la posición de que puede existir algún poder jurídico implícito que autoriza a las Cortes a no aplicar leyes (extremadamente) injustas.

les confiere ese poder (jurídico), en la medida en que eso hace que el ejercicio de ese poder (resáltese: *jurídico*) no sea tomado como una violación del propio Derecho.

Raz aún afirma que Alexy no dispone de un argumento para sostener la inferencia de la pretensión de corrección jurídica para la pretensión de corrección moral, o sea, la inferencia de que si el Derecho crea una pretensión de corrección jurídica y esa pretensión crea o está conectada con una pretensión de corrección moral, entonces el Derecho crea una pretensión de corrección moral. En otras palabras, Raz critica la posición alexyana de que esa pretensión de corrección moral sea una propiedad específica del concepto de Derecho. La posición de Raz es la siguiente: aunque una pretensión moral sea creada por las instituciones jurídicas (cuando actúan *como si* tuviesen autoridad legítima, junto con el hecho de que ellas *pueden* tenerla), esa pretensión moral del Derecho *no* se confunde con una pretensión de corrección moral de sus normas, ya que las directivas formuladas por las autoridades, en la teoría raziana, son vinculantes mismo cuando no están correctas. Raz escribe que:

[...] el Derecho pretende tener autoridad legítima, en el sentido de que las instituciones jurídicas actúan como si ellas tuviesen tal autoridad [...]. *Eso es, claro, una pretensión moral, pero no es una pretensión de corrección moral. Es de la naturaleza misma de las reglas autoritativas que ellas son vinculantes inclusive si no están correctas. [...] No es verdadero que el Derecho cree una pretensión de corrección moral.*<sup>68</sup>

e) Una última crítica que Raz formula es la de cuestionar si, de hecho, hay nociones de justicia que son racionalmente justificables, o si es posible identificar una acción o una norma como (extremadamente) injusta. Alexy formula el siguiente principio: “[...] cuanto más extrema es la injusticia, más cierto es el conocimiento de ella”<sup>69</sup>. Raz argumenta que es posible justificar racionalmente en favor de una conclusión *errada*, o sea, es posible formar, a través del razonamiento, una creencia racional falsa (aunque con

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 331.

<sup>69</sup> En el original: “If there are notions of justice which are rationally justifiable, then one who rationally justifies his view that an action is unjust can be said to know this. Now the following principle applies: the more extreme the injustice the more certain the knowledge of it” (Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 32).

pretensión de ser verdadera); y de que tampoco es plausible la afirmación de que el referido principio es válido, en la medida en que hay una diferencia entre *creencia* y *conocimiento*. Algo que hoy es considerado extremadamente injusto, sea por referencia a algo del presente o del pasado, puede no haber sido así considerado por las personas que participaban de una cierta práctica cultural en otro período histórico. Es decir: algo que hoy se cree como extremadamente injusto puede no haber sido así considerado en algún otro momento, ya que es posible tener un *conocimiento* sobre una *creencia* que *no es siempre verdadera* (o sea, una creencia que puede no ser verdadera *ad eternum*).<sup>70</sup>

### 3.2. La crítica de Bulygin

a) En reciente texto, Eugenio Bulygin destaca puntos interesantes de crítica a algunos de los argumentos dispuestos por Alexy. El primero es si es posible demostrar que existen conexiones conceptuales entre el Derecho y la Moral, entonces no habría motivos para recurrir a argumentos normativos. Si existe una conexión entre el Derecho y la Moral, entonces esa conexión, por definición, es una conexión *necesaria*: o algún elemento moral está incluido en el concepto de Derecho, o ningún elemento moral está incluido. Si está incluido, entonces cualquier argumento normativo ulterior es superfluo, y si no está incluido, entonces cualquier argumento normativo ulterior es inútil<sup>71</sup>.

b) El segundo punto es la reconstrucción de la “perspectiva del observador”. Para Alexy, como se ha visto, la perspectiva del observador se caracteriza sólo por quien se cuestiona sobre cómo las decisiones son realmente tomadas en un determinado sistema jurídico. De esa definición sigue, para Bulygin, una caracterización muy estricta de lo que es realmente

<sup>70</sup> Ese es un argumento empírico, y Raz lo formula así: “¿Es verdadero que cuanto mayor sea la injusticia sería menos probable que cometiésemos errores al identificarla como una injusticia? Hay alguna evidencia empírica para dudar de esa pretensión. Muchos admitirán que la esclavitud, como fue practicada por judíos y cristianos en los siglos XVI y XVII, estuvo entre las mayores injusticias de esos tiempos e, incluso así, ella no estaba entre las más obvias injusticias para las personas que participaban de ellas” (Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 333).

Raz aun formula una breve crítica sobre el argumento de los principios de Alexy que no será desarrollada aquí. Véase: RAZ, Joseph (2009), pp. 333-35.

<sup>71</sup> Cf. BULYGIN, Eugenio (texto inédito), p. 3.

la perspectiva de un observador, que es la perspectiva primaria, v. g., de un jurista o de un cientista del Derecho. La tarea de foco de esa perspectiva es la *identificación del Derecho*, o sea, es la de identificar cuáles normas pertenecen a un sistema jurídico y, así, es la de identificar cuáles acciones son prohibidas, permitidas o comandadas en ese sistema jurídico. El punto de vista del observador es un punto de vista *descriptivo* acerca del Derecho. En ese punto, Alexy está completamente de acuerdo en que, a partir de la perspectiva de un observador, “[...] la tesis de la conexión no puede ser sostenida por una conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la Moral”<sup>72</sup>, y que “[...] del punto de vista de un observador, la tesis positivista de la separación es *correcta*”<sup>73</sup>. De eso sigue que cualquier versión posible de la tesis no-positivista sólo podría ser sostenida a través del punto de vista de un participante del sistema jurídico. El argumento central que Bulygin tiene como punto de partida es la idea de que “[...] la mayor parte de los observadores son al mismo tiempo participantes y todos los participantes son también observadores”<sup>74</sup>.

El punto de vista del participante se refiere, en la reconstrucción de Bulygin, no tanto a la descripción del Derecho, sino a la *aplicación del Derecho* para resolver problemas prácticos<sup>75</sup>. Destáquese que, para Bulygin, el punto de vista del participante *no excluye* el punto de vista del observador, ni el punto de vista del observador excluye el punto de vista del participante. Obsérvese, v. g., el caso paradigmático de un participante del sistema jurídico: el juez. Para que un juez resuelva un problema jurídico, es necesario, ante todo, que él adopte la perspectiva del observador para determinar lo que el Derecho existente ordena. Ese juez puede *observar* que el Derecho no ofrece ninguna solución posible para el problema jurídico en cuestión y, así, puede observar la existencia o de alguna *laguna normativa* (caso en que no hay cualquier solución prevista en el sistema jurídico), o de alguna *contradicción normativa* (caso en que hay más de una solución, y en que las soluciones disponibles son incompatibles entre sí)<sup>76</sup>, o de alguna *vaguedad en el lenguaje* (caso de la “zona

<sup>72</sup> Cf. ALEXY, Robert (2002), p. 30.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>74</sup> Cf. BULYGIN, Eugenio (texto inédito), p. 3.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>76</sup> Para esos dos casos de indeterminación del Derecho, véase: ALCHOURRÓN, Carlos, y BULYGIN, Eugenio. (1974), p. 201 y ss.

de penumbra”<sup>77</sup>). Existe, aun, el caso de la indeterminación del Derecho que aquí es más relevante: el caso de la *laguna axiológica*. En términos generales, ese caso se refiere a la situación en que un juez, aunque observe una y sólo una solución posible en el sistema jurídico, la considera una solución extremadamente injusta, sea porque no está de acuerdo con el juicio valorativo del legislador, sea porque cree que alguna importante propiedad axiológica no fue considerada. La cuestión central que surge en esas situaciones es la de si el juez *puede* o *debe* aplicar otra norma que, en su opinión, sea más adecuada para el caso, aunque esa norma no esté prevista como la solución jurídica dentro del sistema. Bulygin es claro en ese punto:

“[...] cuando el juez no aplica una norma válida porque en su opinión esa aplicación llevaría a una gran injusticia y aplica otra norma eventualmente creada por él, eso no puede ser descripto como una modificación del concepto de Derecho. Lo que es modificado en esos casos son normas o reglas de un sistema jurídico, no el concepto de Derecho”<sup>78</sup>.

En otras palabras, la crítica de Bulygin está direccionada a la línea argumentativa de Alexy cuando sostiene que si el caso central del argumento de la injusticia extrema es el de las normas individuales extremadamente injustas, entonces, partiendo de ese argumento, sería posible demostrar la existencia de una conexión normativamente necesaria entre el Derecho y la Moral, y, así, sería posible demostrar algo sobre el *concepto de Derecho*. Para Bulygin, el caso de las normas individuales extremadamente injustas, cuando mucho, puede ayudar en la demostración del argumento de que algunas normas, por ser injustas, son (o hasta deben ser) eventualmente modificadas<sup>79</sup>, pero no en la demostración de alguna propiedad necesaria acerca del concepto de Derecho.

<sup>77</sup> Véase: HART, HLA (1994), p. 137 y ss.

<sup>78</sup> En el original: “When the judge does not apply a valid norm because in his opinion its application would lead to a great injustice and instead applies another norm, eventually created by him, this cannot be described as modification of the concept of law. What is modified in such cases are the norms or rules of a legal system, not the concept of law.” (Cf. BULYGIN, Eugenio (texto inédito), p. 8).

<sup>79</sup> Bulygin resalta la regla presente en el Código Civil Suizo: “A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon droit coutumier, et á défaut d’une coutume, selon les règles qui’il établirait s’il avait á faire un acte de législateur”. Esa es, para Bulygin, una regla “más realista” (*ibidem*, p. 11).

c) La última crítica que Bulygin dirige a los argumentos de Alexy se refiere a la pretensión de corrección<sup>80</sup>. La estrategia que Bulygin adopta es doble: a) primero, demuestra una circularidad en el razonamiento cuando Alexy defiende que la noción de “defectuosidad jurídica” (*legal faultiness*) contribuye para la necesidad de la pretensión de corrección; y b) segundo, demuestra que hay una ambigüedad en la inferencia de la proposición “si la pretensión de corrección jurídica es necesaria, y ella implica corrección moral” para la proposición “entonces, sigue que el Derecho necesariamente incluye elementos morales”<sup>81</sup>.

Para a), Bulygin sostiene que, en el razonamiento de Alexy, si la pretensión de corrección es necesaria, ella lo es porque sistemas jurídicos que la levantan pero no la cumplen son sistemas *jurídicamente defectuosos*. Al mismo tiempo, la defectuosidad jurídica de esos sistemas tiene un carácter especial justamente por el hecho de que la pretensión de corrección es necesaria. En otras palabras, de un lado está la proposición de que “si la pretensión de corrección es necesaria, entonces los sistemas jurídicos que no la cumplen son jurídicamente defectuosos” (necesidad como una *razón*); y, de otro lado, está la proposición de que “si hay sistemas jurídicos que son jurídicamente defectuosos, entonces sigue que la pretensión de corrección por ellos creada es (o tiene que ser) necesaria” (necesidad como una *consecuencia*). Para Bulygin, la circularidad en el argumento de Alexy está en que “[...] la necesidad de la pretensión [de corrección] es al mismo tiempo una razón y una consecuencia de esa pretensión”<sup>82</sup>.

Para b), Bulygin identifica una ambigüedad ya presente en la distinción que Alexy formula entre una tesis no-positivista fuerte y débil. De un

<sup>80</sup> Resáltese que mi énfasis aquí es sólo en los últimos contraargumentos que Bulygin dispuso al argumento de la corrección de Alexy. Para una visión detallada del debate, véase: ALEXY, Robert, “On Necessary Relations between Law and Morality”, en *Ratio Juris*, vol.2, No.2, 1989: p. 167; BULYGIN, Eugenio, “Alexy und das Richtigkeitsargument”, en Aulis Aarnio et al.(eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawitz zum 60. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993, pp. 19-24; ALEXY, Robert, “Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments”, en E. Garzón Valdés et al. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997, pp. 235-250; BULYGIN, Eugenio, “Alexy’s Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality”; y ALEXY, Robert, “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique”, ambos en *Ratio Juris*, vol.13, Nro. 2, 2000, pp. 133-137 y pp. 138-147.

<sup>81</sup> El punto b) es similar a una de las críticas hechas por Raz (ver punto 3.1).

<sup>82</sup> Cf. BULYGIN, Eugenio (texto inédito), p. 12.



lado, se puede defender que todo sistema jurídico incluye *siempre* alguna Moral (no necesariamente la misma Moral), pero, por otro lado, se puede sostener que todo sistema jurídico necesariamente incluye (o tiene siempre que incluir) una Moral especial (correcta o adecuada)<sup>83</sup>. Bulygin descarta de inmediato la tesis *débil*, si, con ella, se pretende defender un argumento *contra* el positivismo, ya que ningún positivista serio podría argumentar que un sistema jurídico no incluye algunos principios morales. Esa tesis, como se ha visto, no es la tesis que Alexy sostiene por último, pero, al menos, él la toma como una tesis no-positivista *sostenible* o *posible*. Por su vez, si, como Bulygin afirma, esa tesis es *totalmente* compatible con tesis positivistas, entonces sigue o que no se la puede clasificar como una tesis no-positivista, o que no se enuncia nada de relevante al clasificarla como no-positivista. Alexy, no obstante, sostiene, por último, la tesis *fuerte*, y Bulygin considera que hay por lo menos dos objeciones posibles a ella. La primera es que no estaría claro si de hecho existe la Moral correcta o verdadera (y, existiendo una Moral correcta o verdadera, cuál Moral sería esa); y la segunda es la de que se debe distinguir entre la Moral correcta y la *idea* de una Moral correcta<sup>84</sup>.

La salida de Bulygin es sutil. La primera objeción formulada no tiene mucha relevancia para refutar los argumentos de Alexy, ya que esa objeción es una formulación posible y genérica de una posición *relativista* (punto 2.3.2). La segunda objeción, no obstante, a pesar de sutil, es bastante relevante, pues abre espacio para la afirmación de que, por más que pueda existir una Moral correcta o verdadera, es *siempre posible* que se tengan *diferentes ideas* acerca de ella, o acerca de lo que ella es. La tesis fuerte de la conexión sólo podría ser demostrada, para Bulygin, no sólo demostrando la existencia de una Moral correcta o verdadera, sino también demostrando que todas las personas tuvieron o tienen la *misma idea* de la Moral correcta o verdadera, lo que sería *muy improbable*<sup>85</sup>. Un contra-argumento a esa objeción es el siguiente: el argumento de Alexy no afirma que esa Moral correcta o verdadera presupone una demostración de

<sup>83</sup> Bulygin expresa ese punto de un modo más riguroso. Para la tesis débil,  $(x) Dx \rightarrow (Ey) (My \& xIy)$ , y para la tesis fuerte,  $(Ey) My \& (x) (Lx \rightarrow xIy)$ , donde “D” corresponde a “Derecho”, “M” a Moral e “I” a la relación de inclusión. (*Ibidem*, p. 13).

<sup>84</sup> *Id. Ibidem*.

<sup>85</sup> Bulygin propone una pregunta provocativa: “¿Es lo mismo aquello que personas como Kant, Hitler, Stalin, Gandhi o Bush comprendieron por una Moral correcta?” (Cf. BULYGIN, Eugenio (texto inédito), p. 14).

que todas las personas tuvieron o tienen la misma idea de esa Moral (algo que Alexy, creo yo, consideraría como improbable), sino sólo que, para cualquier afirmación moral (o sea, para una afirmación a partir de un punto de vista moral), se levanta una pretensión de *corrección* que está intrínsecamente conectada con la posibilidad de universalización de lo que está siendo afirmado. Esa posibilidad de universalización es lo que torna posible justificar racionalmente la existencia de algunas *exigencias morales mínimas*, como la exigencia de no matar al otro o de no violar la integridad física de una persona<sup>86</sup>.

Para unir todos los puntos, la crítica de Bulygin a los argumentos de Alexy es la siguiente: si Alexy admite como posible *identificar* el Derecho (o todas las normas jurídicas), en la perspectiva del observador, sin recurrir a argumentos o valores morales (posición positivista), entonces él admite como *posible* alguna versión del positivismo jurídico, ya que es un punto común y no-controvertido en las tesis positivistas más serias<sup>87</sup> que el positivismo se refiere a la *identificación del Derecho*, y, por lo tanto, que el positivismo *no* niega que los jueces frecuentemente utilizan argumentos morales para justificar sus decisiones. Si se concentra en la perspectiva del participante, el resultado final de la crítica de Bulygin es que tanto la tesis no-positivista de Alexy como las tesis positivistas admiten que, por lo menos algunas veces, los jueces *no* aplican normas que ellos consideran como extremadamente injustas. La diferencia, en ese punto, sería insignificante, ya que, para Alexy, los jueces dejarían de aplicar esas normas sobre la base de *razones jurídicas* (que también son razones morales), en cuanto que en la posición positivista de Bulygin, los jueces dejarían de aplicarlas sobre la base de *razones morales* (que no son necesariamente razones jurídicas, aunque puedan serlo).

<sup>86</sup> En general, los defensores de la teoría del discurso tienden a sostener esa posición mínima. Véase, para otro ejemplo, además del propio Alexy: HABERMAS, Jürgen (1999), pp. 82-118.

<sup>87</sup> Aquí me refiero a las tesis positivistas sostenidas por Hart, Raz, Bentham, y hasta el mismo Kelsen. Por los límites de este texto, no hay cómo analizar todos esos autores. Me limito a afirmar que la tesis positivista afirma la posibilidad de identificar el Derecho sin recurrir a argumentos o valores morales. Tanto Alexy (aunque con alguna reserva), como Bulygin y Raz en sus críticas, afirman que ese es un punto en común entre las tesis positivistas.

### 3.3. *Un balance de las críticas: la aproximación entre el no-positivismo y el positivismo*

Cuando se comparan las críticas de Raz y Bulygin a la posición no-positivista de Alexy, un primer resultado que llama la atención es que ambos están de acuerdo en que es posible y necesario realizar una *crítica moral acerca del Derecho*. Ambos también están de acuerdo en que esa crítica moral es algo que, eventualmente, los participantes del sistema jurídico usan y pueden usar para justificar algunas de sus decisiones a partir del sistema jurídico. Bulygin, al final de su texto, escribe que “[...] órdenes normativas injustas ciertamente merecen ser duramente criticadas, pero no hay razón para no llamarlas ‘órdenes jurídicas’”<sup>88</sup>. A su vez, Raz, también al final de su texto, recordando a Bentham, escribe que “[...] después de todo fue Bentham el fundador del positivismo jurídico en Gran Bretaña, que hizo más que cualquier otro para sostener que el Derecho debe ser moral y que expuso las deficiencias morales del Derecho de su tiempo”<sup>89</sup>. Para ambos autores, no obstante, la crítica moral del Derecho no es, también, una crítica jurídica, y parece ser que ahí está el punto crucial de divergencia entre ellos y Alexy (si es que hay, realmente, algún punto significativo de divergencia).

Ambos autores (Raz y Bulygin) también están de acuerdo en el núcleo duro de la tesis general del positivismo jurídico, que es una tesis sobre la *identificación del Derecho*, o sea, es la tesis de que es posible identificar el *Derecho en cuanto Derecho*, sin tener que recurrir a argumentos o valores morales. Para Bulygin, esa es una tesis que el propio Alexy considera plausible, cuando defiende que, desde el punto de vista del observador (resáltese: del observador de Alexy), la tesis de la separación es *correcta*. Para Raz, no obstante, esa posición de Alexy no puede ser sostenida ni siquiera dentro del propio contexto de Alexy, ya que presuponer que hay dos conceptos distintos de Derecho (uno de la perspectiva del observador y otro de la perspectiva del participante), como Alexy presupone, es, en última instancia, confundir entre el análisis de lo que el Derecho es y el análisis de cómo los jueces lidian con los casos. La conexión entre esos

<sup>88</sup> En el original: “Unjust normative orders certainly deserve to be sharply criticized, but there is no reason not to call them ‘legal orders’” (Cf. BULYGIN, Eugenio (texto inédito), p.16).

<sup>89</sup> Cf. RAZ, Joseph (2009), p. 335.

dos conceptos, supuestamente distintos de Derecho, se da en la medida en que tanto uno como otro sirven para dar alguna luz sobre lo que ocurre con el Derecho en el contexto de su institucionalización en los tribunales, o en el contexto de cómo los tribunales usan, efectivamente, ese Derecho. En otras palabras, Raz identifica una ambigüedad en la distinción alexyana entre la perspectiva del “observador” y del “participante”, en la medida en que lo que el Derecho es (un enunciado a partir de la perspectiva alexyana del participante) sería diferente de lo que las instituciones jurídicas realmente hacen (un enunciado hecho a partir de la perspectiva alexyana del observador). Esa es una posición que, para Raz, es insostenible, porque ambas perspectivas no pueden excluirse mutuamente. En ese punto, Bulygin sugiere algo esclarecedor, al afirmar que la mayor parte de los observadores son al mismo tiempo participantes y todos los participantes son también observadores.

Con eso dicho, los tres autores están de acuerdo con la proposición general de que el Derecho injusto (o el Derecho extremadamente injusto) *debe ser* moralmente criticado, y de eso sigue que hay, necesariamente, una pretensión moral a ser cumplida por el Derecho (no necesariamente, como se ha visto, una pretensión de corrección moral). El consenso va aun más allá, ya que el Derecho injusto (o extremadamente injusto), debe ser moralmente criticado, y eso es algo que, resáltese, los jueces *pueden o deben* hacer para justificar sus decisiones. El punto de divergencia es que, en cuanto Raz y Bulygin sostienen que los jueces pueden o deben no aplicar leyes (extremadamente) injustas *por razones morales* (y no por razones jurídicas), Alexy sostiene que los jueces pueden o deben no aplicarlas *por razones jurídicas* (que serían, al mismo tiempo, también razones morales). En ese punto, es posible afirmar que los tres autores, dos de ellos formando un “foco de resistencia” del positivismo jurídico, y uno intentando refutar esa resistencia con una tesis “no-positivista”, curiosamente, *están de acuerdo en lo que es esencial*. El propio Raz admite que, paradójicamente, “[...] el tono general de crítica [...] es más un resultado de convergencia que de divergencia”.<sup>90</sup>

Con eso, es claro, no pretendo afirmar que no existen serias divergencias entre Alexy, de un lado, y Raz y Bulygin, de otro. Esas divergencias, no obstante, parecen situarse no en lo que es esencial, sino sólo en el *modo* como Alexy sostiene algunas de sus tesis y argumentos. Es preciso admitir

<sup>90</sup> Cf. RAZ, Joseph (2009), p.335.

que, v. g., la formulación alexyana de la tesis positivista de la separación es bastante genérica e imprecisa, razón por la cual él acaba atacando, inconsistentemente, algunas de sus propias posiciones no-positivistas, o acaba atacando “en el vacío”, arremetiendo una posición que *no* es, de hecho, sostenida dentro de lo que se ha dado a llamar “tradicción de las teorías positivistas”. De eso se puede extraer que el título de la traducción inglesa de su libro (*The Argument From Injustice: a reply to legal positivism*) no expresa, al menos totalmente, aquello que Alexy realmente ha expresado (o no ha expresado, incluso pretendiendo expresar) al escribirlo. En otras palabras, Alexy hasta puede ofrecer una defensa incisiva y, en general, convincente de una posición no-positivista, pero no parece, al mismo tiempo, ofrecer una resistencia al positivismo jurídico, al menos en el modo como Raz y Bulygin lo sostienen.

Por fin, lo que se puede concluir del presente texto es que, en general, aquello que algunas veces se marca como una dicotomía de dos posiciones divergentes e inconciliables entre “positivismo” y “no-positivismo”, en verdad no llega a ser siquiera una dicotomía interesante de ser sostenida, porque contribuye más para confundir que para esclarecer. Más importante que la preocupación de clasificar una u otra posición de positivista o de no-positivista es discutir la plausibilidad de cada uno de los argumentos que son dispuestos en contra y en favor de una y otra posición, porque sólo así es posible decir algo no trivial sobre las propiedades esenciales y necesarias del Derecho o, lo que es lo mismo, sólo así es posible conocer algo sobre su naturaleza *en cuanto* Derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.
- ALEXY, Robert, “An answer to Joseph Raz”, en *Law, Rights and Discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*, George Pavlakos (ed.), Oxford, Hart Publishing, 2007a, pp. 37-55.
- : “On Two Juxtapositions: Concept and Nature, Law and Philosophy. Some Comments on Joseph Raz’s ‘Can There Be a Theory of Law?’”, en *Ratio Juris*, 20, 2007, pp. 162-9.
- : “On the Concept and the Nature of Law. Lecture in Honour of Leon Petrażycki”, en *Ius et Lex*, Varsovia, Fundacja “Ius et Lex”, 2006a, pp. 31-51.

- : “The Nature of Legal Philosophy”, en *Ratio Juris*, 17, 2006, pp. 156-67.
- : *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Stanley Paulson e Bonnie L. Paulson (trads.), Oxford, Clarendon, 2004.
- : “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique”, en *Ratio Juris*, 13, 2000, pp. 138-147.
- : “The Special Case Thesis”, en *Ratio Juris*, 12, 1999, pp. 374-84.
- : “Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments”, en E. Garzón Valdés et al. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997, pp. 235-250.
- : *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Suhrkamp, 1985.
- : *Theorie der Juristische Argumentation*, Baden-Baden, Suhrkamp, 1978.
- BULYGIN, Eugenio, *Alexy between Positivism and Non-positivism* (manuscrito inédito).
- : “Alexy’s Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality”, en *Ratio Juris*, 13, 2000, pp. 133-137.
- : “Alexy und das Richtigkeitsargument”, en Aulis Aarnio et al.(eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993, pp. 19-24.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon, 1980.
- HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, New Bakersville, MIT Press, 1999.
- HART, Herbert L.A., *O Conceito de Direito*, Ribeiro Mendes (trad.), Lisboa, Fundação Gulbenkian, 1994.
- : “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, pp. 47-87.
- KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, João B. Machado (trad.), São Paulo, Martins Fontes, 2003.
- MACCORMICK, Neil, *Institutions of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- : *HLA Hart*, 2ª ed. Stanford, Stanford University Press, 2008.
- MARMOR, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- PAVLAKOS, George (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007.
- : “On the Necessity of the Interconnection between Law and Morality”, en *Ratio Juris*, 18, 2005, pp. 64-83.
- RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie III*, Arthur Kaufmann (ed.), Heidelberg, 1990.

RAZ, Joseph, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", en *The Authority of Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 313-35.

—: "Authority, Law and Morality", en *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 210-37.

SEARLE, John, *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969.

SPAACK, Torben, *Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch*, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=923440>, 2006.

—: "Legal Positivism, Law's Normativity and the Normative Force of Legal Justification", en *Ratio Juris*, 16, 2003, pp. 469-85.

TORRE, Massimo La., "On Two Distinct and Opposing Versions of Natural Law: 'Exclusive' versus 'Inclusive'", en *Ratio Juris*, 19, 2006, pp. 197-216.





# ENSAYOS



## ELECCIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO: ¿UN MAL NECESARIO?

ANDRÉS SUTELMAN\*

**Resumen:** El Régimen Patrimonial del Matrimonio es una institución de derecho que ha sufrido modificaciones y embates a lo largo de su desarrollo.

El Derecho, como ciencia que se encarga de normar las conductas de las personas entre sí y en relación con los bienes, se encuentra fuertemente ligado a la sociedad del momento, a las circunstancias que lo rodean en tiempo y espacio.

A medida que la sociedad fue evolucionando, el Derecho la siguió por detrás, mutando para poder dar respuesta a las necesidades que iban surgiendo.

La rama del Derecho de Familia está sometida a esa realidad cambiante y, con el correr de los años y con las alteraciones que sufrieron las familias “clásicas” o “tipo”, fue adaptándose según los usos y costumbres de cada población.

Es en este contexto de permanente adaptación en que hay que vislumbrar el Régimen Patrimonial del Matrimonio, como uno de sus institutos más controversiales y trascendentes en la vida cotidiana de las personas.

El siguiente trabajo permitirá, en forma sucinta, explicar la realidad actual que está atravesando el régimen, con sus dificultades y alternativas, y cómo llegamos hasta la misma, para poder intentar configurar un mejor panorama para la República Argentina.

**Abstract:** The system of marital property is a legal institution which has undergone changes and has been ravaged throughout its development.

Law, as the science in charge of regulating the behavior of people towards one another and in connection with property, is deeply connected with the society of the time, with the existing circumstances regarding time and space.

As society evolved, Law followed suit, changing so as to respond to the needs that emerged.

\* **Estudiante de Abogacía (UBA).**

Family Law is subject to such changing reality and, as time passes, and together with the changes experienced by the “classic” or “standard” family, accommodated to the customs and practices of each population.

It is taking into account such context of permanent adjustment that the system of marital property must be addressed as a legal institution highly controversial and relevant regarding people’s daily life.

This article provides a brief explanation of the current situation of the system, including its difficulties and its alternatives, and of the path followed to get to such situation, so that a more encouraging outlook for Argentina can be attempted.

**Palabras clave:** Derecho de familia- Sociedad conyugal- Régimen patrimonial matrimonial.

**Keywords:** Family Law – community property – system of marital property.

El Régimen Patrimonial del Matrimonio es una institución de derecho que, como tantas otras, ha sufrido distintas modificaciones y embates a lo largo de su desarrollo.

El Derecho, como ciencia que se encarga de normar las conductas de las personas entre sí y en relación a distintos bienes, se encuentra fuertemente ligado a la sociedad del momento, a las circunstancias que lo rodean en tiempo y espacio.

A medida que la sociedad fue evolucionando, el Derecho la siguió por detrás, mutando para poder dar respuesta a las necesidades que iban surgiendo y así, convertirse en una ciencia exitosa.

La rama del Derecho de Familia comparte esa realidad constantemente y, con el correr de los años y las alteraciones que sufrieron las familias “clásicas” o “tipo”, fue adaptándose según los Usos y Costumbres de cada población.

Es en este contexto de permanente adaptación en que hay que vislumbrar el Régimen Patrimonial del Matrimonio, como uno de sus institutos más controversiales y trascendentes en la vida cotidiana de las personas.

El siguiente trabajo permitirá, en forma sucinta, explicar la realidad actual que está atravesando el régimen, con sus dificultades y alternativas, y cómo llegamos hasta la misma, para poder intentar configurar un mejor panorama para la República Argentina.

## MONOGRAFÍA COMO INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.

Antes de comenzar el desarrollo mismo del siguiente trabajo, creo conveniente hacer una pequeña, pero valiosa aclaración al respecto.

Mucho se ha escrito sobre el Régimen Patrimonial del Matrimonio y se han analizado las distintas corrientes explicativas al respecto. En este caso, sin dejar de lado todo el bagaje con que cuenta la discusión doctrinaria, se tomarán dichas ideas con un objetivo claro. Se intentará sobrepasar los límites de una monografía para poder convertirse, humildemente, en un trabajo de investigación. De esta forma, se planteará un conflicto actual existente en nuestra sociedad para reflexionar sobre dicha situación y poder buscar posibles soluciones ante al mismo, plantear nuevos panoramas posibles para el Régimen Patrimonial del Matrimonio Argentino.

La Dra. Ana Kunz explica que el proceso de una investigación es “la aparición continua de un número determinado de actividades que resultan de tal forma interdependientes, que el primer paso en buena parte determina la naturaleza del último. El hecho de saltar alguna de las etapas hace que surjan dificultades, que pueden llegar, incluso, a imposibilitar la conclusión del trabajo. Las etapas fundamentales de una investigación son:

- a. Selección del tema;
- b. Planteo del problema;
- c. Diseño de la prueba;
- d. Respuesta al problema.

Existe una etapa que no pertenece estrictamente a la investigación, pero que resulta tan importante como todas ellas: la redacción del informe final. La comunicación de los resultados es una parte esencial de las responsabilidades del investigador”<sup>1</sup>.

De esta forma, el primer paso, previo al real trabajo investigativo, consiste en una selección bastante amplia que permite un primer acercamiento. En este caso concreto, se vería reflejado por el Régimen Patrimonial del Matrimonio. Sin embargo, ante esta elección, uno se encontraría frente a

<sup>1</sup> KUNZ, Ana, “Estudios de Sociología y Metodología”, publicado en *Lecciones y Ensayos* n° 50 (1988), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, pp. 85-97.

una excesiva cantidad de información diversa que podría ser tildada de relevante.

Por lo tanto, conviene especificar el campo de investigación para asegurarse que la evidencia conseguida es relevante para las preguntas planteadas. De este modo, el siguiente trabajo se enfocará en los conflictos existentes frente a la elección de regímenes “económicos” para el matrimonio. ¿Debería mantenerse la Imperatividad del Código Civil o permitirse la Autonomía de la Voluntad de las Partes para convenir lo que crean más conveniente para su relación particular? ¿Deben permitirse las Convenciones Matrimoniales, como gradualmente se viene observando en el Derecho comparado, o debemos mantener la tradición del Régimen Legal y Forzoso?

Frente a estas preguntas, intentaré brindar una hipótesis que permita ordenar el enfoque de la investigación y adelantaré que creo pertinente una modificación legislativa que avale el régimen convencional en materia “patrimonial-matrimonial”. No debe dejarse a un lado la legislación actual, sino mantenerla y reafirmarla, pero con un tinte supletorio, es decir, ante la falta de elección del régimen que crean más conveniente los futuros cónyuges. A lo largo de la investigación, intentaré desarrollar esta hipótesis y sus fundamentos, mediante la recolección de datos (doctrina, legislaciones...) que sirvan de sustento a la misma.

Es así que nos encontramos en este momento en la última etapa de la Investigación científica de la Dra. Kunz, en el Informe Final que permita transmitir los conocimientos adquiridos, los resultados logrados.

#### ALGUNOS CONCEPTOS EN CLARO...

Para poder precisar el tema a investigar, es necesario enfocarse en el núcleo de la discusión.

Existen muchas definiciones sobre el Régimen Patrimonial del Matrimonio, aunque suelen ser bastante similares.

Al respecto, el Dr. Vidal Taquini lo considera un “conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y de éstos con los terceros”<sup>2</sup>. Y, para entrar en un mayor detalle, Ambroise Colin

<sup>2</sup> VIDAL TAQUINI, Carlos H., “Régimen de bienes en el matrimonio”, Editorial Astrea, tercera edición, año 2001, p.4.

y Henri Capitant, en su obra conjunta, lo especifican como “el conjunto de reglas que fijan las relaciones pecuniarias de los esposos durante el matrimonio, los derechos de los terceros que contraten con ellos o que, por una u otra causa, lleguen a ser sus acreedores, y finalmente, los derechos respectivos de cada esposo el día que llegue a disolverse el matrimonio”<sup>3</sup>.

Por otra parte, se suele decir del régimen que posee tres características básicas:

- Necesidad: Debido a que, con la celebración del matrimonio, aparecen cuestiones patrimoniales que deben ser reguladas.
- Legal o Convencional: Teniendo en cuenta si dicha regulación proviene de la ley o de las partes en cuestión (más allá de la crítica que se tratará a continuación).
- Mutable o Inmutable: Dependiendo si la opción por un régimen que regule dicho aspecto patrimonial se puede realizar en cualquier momento o exclusivamente antes de la celebración del matrimonio.

De ahí surge la importancia de poder analizarlo tan detenidamente. Porque, como su esencia lo indica, todo país civilizado debe contar con un régimen patrimonial del matrimonio –aunque sea absolutamente convencional– que reglamente cómo se manejarán los esposos entre sí y con relación a terceros durante la vigencia del matrimonio –y hasta luego de disuelto–.

Asimismo, al ser un instituto tan controversial, ha sido analizado desde distintos ángulos y así surgieron distintas clasificaciones al respecto. En este trabajo, únicamente haré mención a la proporcionada por el Dr. Castán Tobeñas<sup>4</sup> por razón del origen de los regímenes. Así, pueden ser convencionales o legales. A su vez, proporciona subclasificaciones: en el convencional pueden observarse aquellos regímenes de libertad absoluta y aquellos de elección entre varios tipos preestablecidos por la ley; y el legal puede subdividirse según se aplique obligatoriamente o supletoriamente.

<sup>3</sup> COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri, en “Curso elemental de derecho civil”, Madrid, Reus, año 1926, t. III, vol. 1, p. 3, citado en la obra de VIDAL TAQUINI, Nota N° 2.

<sup>4</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, “Derecho civil español, común y foral”, Madrid, Reus, año 1941, t. III, p. 531-532, citado en la obra de VIDAL TAQUINI, Nota N° 2.

En el caso particular de Argentina, se encontraría en un régimen legal que se aplica obligatoriamente, pero que permite la aplicación restringida de unas pocas convenciones enumeradas taxativamente.

Por otro lado, como en el caso de Bolivia o aquellos en que sigue rigiendo el derecho soviético, existen países en que el régimen legal obligatorio no admite ninguna convención en contrario.

Sin embargo, esta clasificación sufre de una sola, aunque sustancial crítica y es que, en definitiva, la ley es la única fuente de todo régimen. Crítica con la que no me encuentro en disconformidad debido a que, inclusive en aquellos regímenes donde se obligue a adoptar un régimen en forma convencional –como en México en cuyas oficinas del Registro Civil se entregan a los novios que son ignorantes en la materia, formularios con las cláusulas más comunes de los dos regímenes “convencionales” admitidos-, de todas formas, hay una norma que regula dicha opción de elección. Siempre es la ley la que permite en mayor o menor medida que las partes puedan concertar dichas convenciones, debido al orden público que rige en el derecho de familia, en miras a la protección del interés familiar.

## EVOLUCIÓN CONSTANTE

Aclarado el punto anterior, seguiré con otro punto que, a mí entender, permitirá comprender cómo llegamos a nuestros días, con nuestra legislación.

Ante todo, no debe perderse de vista que el derecho es esencialmente ciencia en continua evolución. Especialmente, explica el Dr. López del Carril que “en el Derecho Civil no caben las ‘revoluciones’, sólo caben las ‘evoluciones’ de acuerdo con las condiciones sociales, éticas y económicas permanentemente cambiantes que se operan en toda sociedad civilizada.”

<sup>5</sup> Y es así que los distintos “regímenes patrimoniales-matrimoniales” responden a las diferentes concepciones ético-socio-jurídicas de cada sociedad determinada en un momento histórico también determinado.

El codificador Vélez Sarsfield había redactado la legislación matrimonial (con su consecuente régimen patrimonial), teniendo en cuenta fundamentalmente “las costumbres de nuestro país”, según se encarga de aclarar en su Nota al Título de la Sociedad Conyugal. Así, en un célebre fragmento

<sup>5</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., “Prólogo a la Primera Edición”, año 1971, en Ob. Cit. en Nota 2, pp. IX-XII.



de su pensamiento argumenta que “esas leyes no han sido necesarias en la República, pues nunca se vieron contratos de matrimonio. Si esos contratos no aparecen necesarios, y si su falta no hace menos felices los matrimonios, podemos conservar las costumbres del país (...) La sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio. Permitimos sólo aquellas convenciones matrimoniales que juzgamos enteramente necesarias para los esposos, y para el derecho de terceros”. Esta corriente de pensamiento luego la volcaría en el articulado de su codificación.

Pero vale aclarar que se refería a las costumbres del país, en una época determinada y frente a una población específica. Los tiempos han cambiado desde aquel 1869 y con ellos, la legislación también. No hay que perder de vista que el país se encontraba teñido de una fuerte impronta religiosa. Tuvieron que pasar varios años antes de que se pudiera conseguir un derecho realmente secular, no religioso.

El Dr. Vidal Taquini, al respecto, opina, con gran acierto, que “el derecho debe servir para armonizar y facilitar la vida del individuo, de la familia, de la sociedad... Todo régimen matrimonial debe responder a las necesidades económicas y a la manera de ser del pueblo al que es destinado, siempre presidido por el factor ético”<sup>6</sup>.

Este mismo panorama puede observarse, en líneas generales, en la evolución de dicho instituto a nivel mundial.

No es casualidad advertir cómo fueron desarrollándose los regímenes patrimoniales del matrimonio con el avance de las sociedades y su corolario en la mutación de las familias.

El Dr. Augusto Cesar Belluscio<sup>7</sup> realiza un breve racconto –con la ayuda de la recopilación de distintos autores referentes en la materia– de los antecedentes históricos de esta figura que permite comprender su evolución. En lo personal, el derecho francés es un claro ejemplo para un mejor entendimiento, pero, para eso, hay que entender también otros derechos “clásicos”.

En el Derecho Romano –explica– existían dos variantes de matrimonio: el *cum manu* que conllevaba un régimen de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido, debido a la incapacidad de la

<sup>6</sup> VIDAL TAQUINI, Carlos H., “Advertencia del Autor”, en la obra citada precedentemente, pp. XIII-XV.

<sup>7</sup> BELLUSCIO, Augusto Cesar, “La elección de régimen matrimonial por los esposos”, Especial para La Ley, T. 1994-A, Sec. Doctrina, pp. 799-810.

mujer casada que quedaba sometida a la potestad del marido o a la de su pater-familia, según el caso; y el *sine manu* que implicaba la separación de bienes como consecuencia de la independencia patrimonial de los cónyuges. Recién aparece el primer acercamiento a las convenciones matrimoniales con el surgimiento de la Dote (como adelanto de herencia hecho por el pater-familia a la novia en el matrimonio cum manu, o como aporte de bienes al marido por parte de la mujer o de un tercero para ayudar a solventar las cargas del hogar y el sostenimiento de los hijos).<sup>8</sup>

Por otro lado, en el Derecho Germánico se daba una situación inversa. Se realizaba una especie de compra de la novia por el novio, quien entregaba el *Wittum*, convertido finalmente en donación del marido a la mujer y la *Morgengabe*, regalo efectuado después de iniciada la cohabitación. Sin embargo, el régimen se limitaba a una comunidad de administración en manos del marido.<sup>9</sup>

En una situación diferente se encontró el Derecho Español que poseía dos visiones opuestas entre sí. Por un lado, en Castilla sólo se permitieron las convenciones que contenían la constitución de la dote o la manifestación de los bienes aportados por cada uno de los cónyuges al matrimonio —en una situación semejante a nuestro actual derecho argentino—. Por otro lado, en los derechos forales (conjunto de ordenamientos jurídicos de derecho privado que se aplican en algunas zonas del país, como en Cataluña, Aragón y Navarra), las capitulaciones matrimoniales fueron utilizadas desde la Edad Media y alcanzaron su esplendor en los siglos XVII y XVIII, marcando una clara diferenciación entre ambas regiones<sup>10</sup>. No

<sup>8</sup> MAYNZ, Charles, “Cours de droit romani”, t. III, 3<sup>o</sup> ed., parág. 393, París-Bruselas, 1974; TIMBAL, P.C., “Droit romani et ancien droit français (régimes matrimoniaux, successions, libéralités)”, París, 1960, N<sup>o</sup> 10, N<sup>o</sup> 11, N<sup>o</sup> 12 y N<sup>o</sup> 15; ARIAS RAMOS, J., “Derecho Romano”, 11 ed. Revisada por J. A. Arias Bonet, t. II, parág. 297, Madrid, 1969; JÖRS, Paul, “Derecho privado romano”, edición refundida por Wolfgang Kunfel, parág. 180, Barcelona, 1965, citadas en obra nombrada del Dr. BELLUSCIO, Augusto Cesar.

<sup>9</sup> TIMBAL, P.C., *ob. cit.* en nota anterior, N<sup>o</sup> 38, 46, 47 y 48; OURLIAC, Paul - DE MALAFOSSE, Jean Louis, “Histoire du droit privé”, t. III; “Le droit familial”, París, 1968; PLANITZ, Hans, “Principios de derecho privado germánico”, trad. De la 3<sup>o</sup> ed. Alemana por Carlos Melón Infante, parág. 81, I, y 85, I y IV, Barcelona, 1957, citadas en la obra del Dr. BELLUSCIO.

<sup>10</sup> LACRUZ, José Luis - ALBALADEJO, Manuel, “Derecho de Familia. El matrimonio y su economía”, N<sup>o</sup> 185, Barcelona, 1963; CASTAN TOBEÑAS, José, *ob. cit.* en Nota 4, t. V, “Derecho de Familia, vol. 1<sup>o</sup>”, “Relaciones conyugales”, 11 ed. Actualizada por GARCÍA CANTERO, Gabriel y CASTAN VÁZQUEZ, José M., pp. 313/15, Madrid, 1987, citados en *ob. cit.* del Dr. BELLUSCIO.

habría diferencia alguna entre dichas capitulaciones y las convenciones actuales, salvo por la conceptualización que implica el término “capitulación” que debería reservarse exclusivamente para aquellos pactos que se realicen antes del matrimonio porque capitular implica la concertación previa de algo. En cambio, el término “convención” tiene una conceptualización más abarcadora, sin dicha limitación temporal.

Por último, es el ejemplo del Derecho Francés el que permitirá una clara ilustración –a mí entender– de la evolución histórica. En un comienzo, en la época merovingia (entre los siglos V y VIII), se ensamblaron la dote romana y la germánica. Sin embargo, debieron transcurrir tres siglos más para que surgiera la regulación convencional de algunos derechos de los cónyuges entre la alta aristocracia<sup>11</sup>. La evolución hizo que se fijaran ciertas reglas consuetudinarias hasta la llegada de Jean Lecoq (allá por el 1400) que permitió algunas convenciones matrimoniales. Así siguió el desarrollo y, por la necesidad de lograr una unificación en su regulación, con motivo de la movilidad territorial que comenzó a sufrir la población a partir del siglo XVI, se admitió finalmente la elección del régimen matrimonial, basándose en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes<sup>12</sup>. Permiso que se mantuvo con el Código de Napoleón y que se amplió con una reforma en las últimas décadas, admitiéndose la mutación del régimen después del matrimonio.

Aquí se puede comprender cómo la realidad de las distintas épocas va consiguiendo una adaptación concreta del derecho, según las necesidades lo van requiriendo.

Tras analizar la evolución en distintos derechos “clásicos”, es hora de abocarse a nuestra legislación y su regulación a lo largo de los años.

En un primer momento, como ya se aclaró previamente, Vélez redactó un Código Civil en el que, en materia matrimonial, decidió apartarse de sus referentes internacionales, para legislar de acuerdo a los usos y costumbres del país del momento. Es así que, teñido de una fuerte religiosidad, consideró al matrimonio como un régimen deseado e indisoluble. Siendo así, el codificador se adhiere al principio de Legalidad en materia de régimen

<sup>11</sup> OURLIAC, Paul - GAZZANIGA, Jean Louis, “Histoire de droit privé français de 1<sup>o</sup> An mil aun Code civil”, pp. 300-302, Paris, 1985, *ob. cit.* del Dr. BELLUSCIO.

<sup>12</sup> TERRE, François - SIMLER, Philippe, “Droit civil. Les régimes matrimoniaux”, N<sup>o</sup> 150, Paris, 1989; OURLIAC - GAZZANIGA, *ob. cit.* en nota 11, p. 309, citados en la obra del Dr. BELLUSCIO.

patrimonial del matrimonio y lo impregna de una fuerte imperatividad en su regulación. De esta manera, los cónyuges debían atenerse a respetar el Orden Público que se había impuesto en miras a la protección de la familia e, indirectamente, a los terceros que contrataban con los esposos.

Es así que Vélez comienza el Título II, De la Sociedad Conyugal, prohibiendo las convenciones matrimoniales. En una clara manifestación de oposición a la posibilidad de que los cónyuges pudieran pactar el régimen económico por el cual se regirían durante la vigencia del matrimonio (*para evitar así las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio*), comienza dicha sección admitiendo unos pocos contratos entre cónyuges. Luego, dicho art. 1217 Cód. Cit. se vería modificado por la reforma de la Ley 17.711 (de 1968), derogando dos incisos del mismo, pero manteniendo la esencia de la prohibición de realizar convenciones nupciales. De esta forma, el artículo queda finalmente redactado con el siguiente tenor: “Antes de la celebración del matrimonio, los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: 1 - La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; 2 - Las donaciones que el esposo hiciere a la esposa.”

Vale aclarar antes del análisis de dicho artículo, como primera crítica, que no se entiende porqué la Ley 17.711 mantuvo la redacción del segundo inciso, marcando una clara diferenciación entre marido y mujer, y atentando contra la igualdad de los cónyuges.

Al comenzar su Título con respecto a la Sociedad Conyugal de esta manera, Vélez demarca la prohibición general de contratar entre los cónyuges, y sólo admite dos contratos específicos, ambos de carácter prenupcial, es decir, antes de la celebración del matrimonio: Contrato de Inventario de los bienes que cada uno lleva al matrimonio y Donaciones que se hicieren antes de dicha celebración.

Asimismo, los dos artículos siguientes remarcan su tajante negativa con respecto a los contratos en el matrimonio. Así reza el art. 1218 del Código Civil: “Toda convención entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor”, y el art. 1219 del mismo código expresa: “Ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio; ni el que se hubiere hecho antes, podrá ser revocado, alterado o modificado.” Asimismo, a lo largo del articulado en la materia, se pueden encontrar otros ejemplos de la imperatividad que tiñe

todo el régimen patrimonial. El art. 1231 aclara que “la esposa no podrá hacer por el contrato de matrimonio donación alguna al esposo, ni renuncia de ningún derecho que pueda resultarle de la sociedad conyugal”, el art. 1261 demarca que “la sociedad principia desde la celebración del matrimonio, y no puede estipularse que principie antes o después” (es decir que, con la celebración del matrimonio, comienza la sociedad conyugal y, con ésta, el régimen patrimonial vigente de Participación en los Gananciales con Administración Separada). En la misma línea, “la sociedad conyugal se disuelve por la separación judicial de los bienes, por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de alguno de los cónyuges” (art. 1291), y se deben añadir como causales taxativas, la Ausencia con Presunción de Fallecimiento –incorporada por la ley 14.394– y el Divorcio Vincular –incorporado por Ley 23.515–.

En definitiva, se puede observar con claridad la postura que han mantenido nuestros legisladores a lo largo de la historia del régimen.

Sin embargo, en los últimos años, la sociedad argentina –como reflejo de las sociedades en general– ha sufrido severas modificaciones que llevaron a que, cada vez con mayor frecuencia y fuerza, se oigan posturas contrarias a dicho régimen impuesto.

Como corolario, nos encontramos frente a una realidad innegable, y es que el derecho en general y el régimen patrimonial del matrimonio en particular, se encuentran en constante evolución y en tanto esto configura parte de su esencia misma, debe estarse en una discusión constante sobre su actualidad frente a la realidad imperante o su necesidad de modernización.

## EL PROBLEMA VIGENTE

La sociedad argentina actual no es la misma que Vélez había tenido en miras al momento de regular su Código Civil.

Hoy existen distintos factores que han llevado a las personas a encarar al matrimonio desde otra perspectiva.

Un artículo publicado en el diario Infobae, con fecha del 14 de enero del corriente año, lamenta que en el 2008 hubo menos casamientos que en 1918, con el doble de la población<sup>13</sup>. Es una breve, pero concisa nota

<sup>13</sup> Página de Internet: <<http://www.infobae.com/contenidos/425912-0-0-En-2008-hubo-menos-casamientos-que-1918-doble-poblaci%C3%B3n>>, consultada en 29/04/2009.

periodística que brinda distintas posibles razones para dicho fenómeno. Según estadísticas tomadas por el periodista, hubo menos de 13.000 matrimonios en la Ciudad de Buenos Aires y, sin embargo, se entregaron 12.942 certificados de convivencia. Lo alarmante es que dicha cifra se había dado 90 años atrás, cuando la población era menos de la mitad que la actual en dicho territorio. Asimismo, aclara que sólo uno de cada 1.000 habitantes contrae matrimonio, algo que ha descendido desde la década pasada (ocho cada 1.000). En un intento de encontrar posibles explicaciones frente a estos acontecimientos, buscan la ayuda de profesionales que brindan distintas hipótesis. Desde diversos tipos de factores económicos, culturales y sociales, se busca encontrar “la” causa que originó dicha reducción en el número de casamientos. Por un lado, se considera que el ritual del matrimonio se encuentra desvalorizado y que a la gente ya no le interesa comprometerse ante el Estado. Por otro lado, se apuntan a realidades que viven las personas hoy, como la postergación de la primera unión, el aumento de la edad en que se tiene el primer hijo, la persistencia de niveles de fecundidad bajos, el aumento de uniones consensuales, la unión conyugal sin hijos, la paternidad y maternidad fuera de uniones estables y la transformación del rol de la mujer y su mayor autonomía, especialmente económica. Todas estas causales buscan pintar un panorama que explique la situación argentina actual. Por mi parte, creo conveniente añadir un motivo que se desprende de los anteriores y que tiene que ver con que, por distintas razones, la gente no confía en un régimen que implique *para toda la vida* o que, al momento de disolverse, pueda afectar su poderío económico, por más pequeño que éste pueda ser.

Sinceramente, no creo que haya una única causal que origine esta merma, sino la conjunción de todas, mas sí creo que existe un reclamo de parte de la sociedad, al menos, que exige un replanteamiento de la legislación actual en materia matrimonial.

## OTRAS LEGISLACIONES

La realidad imperante en nuestro país no es un reflejo de las distintas legislaciones que, extrañamente, suelen asemejarse más en otras materias.

Analizando el derecho comparado, se puede observar que existe una distinción entre aquellos países que no admiten las convenciones matrimoniales, sino que poseen un régimen legal imperativo, y aquellos países que sí las admiten. Dentro de esta corriente, existen algunos que se encuentran

en un extremo, avalando la absoluta libertad por parte de los cónyuges al momento de convenir acuerdos nupciales y otros que, en una postura más intermedia, admiten las convenciones, pero establecen aquellos regímenes patrimoniales entre los que los cónyuges podrán hacer su elección y regulan un régimen legal en forma supletoria, para el caso de su silencio.

A manera de ejemplo, enunciaré algunos casos para entender cómo se encuentra dividido el mundo en este aspecto, tomados de la obra del Dr. Vidal Taquini<sup>14</sup>.

Por un lado, países como Rusia, y junto a él todos aquellos que reflejen el antiguo derecho soviético, Bolivia, Ecuador y Venezuela, no admiten las convenciones de los esposos y adoptan un régimen legal, único y forzoso. Generalmente, estipulan un régimen patrimonial de Comunidad en los Gananciales. Esto se suele explicar por el carácter que aún posee el matrimonio en dichos países, al mantener una visión tradicionalista del mismo, al igual que la conservaba nuestro Codificador. En un extremo mayor aún, se encuentra India que, manteniendo el carácter sacramental del matrimonio, expresa que, directamente, no existen las relaciones patrimoniales entre esposos.

En el otro extremo, existen países que, con una fuerte inclinación por el Contrato como forma de regulación de todo tipo de relación entre las personas, aplican dicha postura en lo que atañe al matrimonio. Es así que en Inglaterra, España y algunos Estados de los Estados Unidos (como Luisiana, Texas, Arizona y Carolina del Norte) se admiten todo tipo de contratos entre los esposos, tanto previo a la celebración del matrimonio, como durante su vigencia.

Por último, en una postura intermedia se encuentran la mayoría de los países occidentales e, inclusive, algunos del Oriente también. Es una postura que regula algún régimen patrimonial del matrimonio, pero exclusivamente en forma supletoria para el caso de que los futuros cónyuges nada expresen al respecto. Si bien existen graduaciones en cuanto a la libertad de contratar entre unos y otros, existe una línea semejante entre ellos. Así, los futuros cónyuges pueden elegir entre uno de los regímenes establecidos por ley y deben concluir cualquier tipo de convención frente a alguna autoridad, ya sea judicial o administrativa. El régimen patrimonial legal es dispositivo, para el caso en que no convengan nada, y suele ser –con

<sup>14</sup> VIDAL TAQUINI, Carlos H., Parte Segunda “Legislación Extranjera”, en la *ob. cit.* de la Nota 2, pp. 25-164.

algunas pequeñas variaciones- un régimen de comunidad de bienes (ya sea de muebles y gananciales o de estos últimos nomás). La opción que suelen adoptar las partes para evitar dicha regulación es de Separación de Bienes. Existen muchos ejemplos que adoptan medidas similares, tanto en países europeos, como algunos muy cercanos a nuestras idiosincrasias. En este grupo, podemos encontrar a Alemania, Suiza, Suecia, Finlandia, Dinamarca, Noruega, Islandia, Grecia, Japón, países centroamericanos, Costa Rica, Brasil, Paraguay y Uruguay.

Asimismo, existen países que admiten la mutabilidad del régimen elegido durante la vigencia del matrimonio, como es el caso de Francia, Bélgica, Italia, México, Perú y Chile. En el caso de Francia, por ejemplo, se hace la aclaración de que, después de los dos años de aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, los esposos pueden convenir, en el interés de la familia, la modificación o sustitución del mismo, por acto notarial que será sometido a la homologación del tribunal del domicilio. Asimismo, el Dr. Villegas opina, en lo que respecta al derecho mexicano, aunque podría aplicarse a nivel general, que “se persigue dar seguridad jurídica a los cónyuges, de manera que exista certeza en cuanto al régimen de bienes, certeza que se obtiene por el convenio que al efecto celebran los esposos y no por presunción legal.”<sup>15</sup> Otros países, por el contrario, prohíben expresamente esta mutabilidad y disponen que sólo podrán realizar convenios y adoptar un régimen patrimonial antes de la celebración del matrimonio, como el caso de Portugal o Israel.

Viendo el panorama general, se nota cómo una gran mayoría de países se inclina por esta postura intermedia. Al mismo tiempo, remarca la necesidad de nuestra modificación legislativa el darse cuenta de que justamente son los países que nuestros legisladores tienen como referentes al momento de legislar nuevas normas o, por otro lado, se asemejan al tipo de sociedad que somos y que buscamos ser. No llama la atención entonces, que en este grupo se encuentren países como Francia, Italia, México o los Países Nórdicos, y países como Chile, Uruguay, Paraguay y Brasil.

En lo que respecta a esta materia, también existe otro punto por el cual es importante conocer dichas legislaciones.

Otro cambio que se vive constantemente en nuestros días es la necesidad de mudarse de país en búsqueda de nuevas y mejores oportunidades,

<sup>15</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael, “Derecho civil mexicano. Derecho de familia”, México, Robredo, año 1954, t. II, vol. I, p. 417, citada en ob. cit. en Nota 14.



en un mundo globalizado en que las fronteras se encuentran desdibujadas. Por lo tanto, no sería raro que dos personas contraigan matrimonio en un país y vivan en distintos países a lo largo de su vida, o por lo menos, de la vida de la sociedad conyugal.

En nuestro caso, la Ley 23.515 de 1987, vino a sustituir el Título Del Matrimonio, del Código Civil. En lo que a este tema se refiere, el art. 163, vino a regular que “las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes, se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes. El cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio.” Esto se diferencia del régimen aplicable en cuanto a las relaciones personales de los cónyuges que será determinado por la ley del domicilio efectivo, es decir, donde los mismos viven de consuno (según art. 162).

Antonio Boggiano, en su “Curso de Derecho Internacional Privado”<sup>16</sup>, explica entonces que las convenciones matrimoniales de las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal y el cambio de éste no altera la ley aplicable. Los jueces llamados a resolver controversias de esta índole son los indicados en el art. 227 del mismo Código. Para obtener la jurisdicción hay que ir al último domicilio conyugal o al domicilio del demandado y, en cambio, allí rige el derecho del primer domicilio conyugal. Cabe destacar, por ejemplo, que la necesidad del asentimiento del cónyuge no titular de un bien inmueble a punto de ser dispuesto (art. 1277 del Código Civil), se aplica siempre y cuando se aplique el derecho argentino en virtud del mencionado art. 163 del Código Civil.

En este punto también es importante notar que, en este mundo globalizado en el que vivimos, se va afianzando la integración de distintos bloques territoriales. En nuestro caso, el Mercosur ha intentado asumir cierto rol integrador, aunque ha tenido sus dificultades para lograrlo. Actualmente, siguen generándose otras alternativas, como es el reciente caso de la Unasur. Pero es muy fácil observar cómo, en este caso tan puntual como es el régimen patrimonial de un matrimonio, los países sudamericanos no

<sup>16</sup> BOGGIANO, Antonio, “Curso de Derecho Internacional Privado: Derecho de las relaciones privadas internacionales”, en la Tercera Edición Ampliada y Actualizada, de Abeledo-Perrot, Buenos Aires, año 2001, en el Capítulo X “Matrimonio”, pp.461-552.

coinciden en su regulación. En este caso, el que se diferencia es Argentina, impidiendo una más fácil regulación conjunta y una más fácil resolución de conflictos que puedan surgir sobre este tema.

## NECESIDAD DE CAMBIO

Habiendo realizado el análisis anterior, me encuentro en posición de opinar y argumentar que coincido con la necesidad de una reforma legislativa en la materia.

Al respecto, cuento con el apoyo de un jurista como el Dr. Borda que explica que “nadie es mejor que los propios interesados para apreciar cuál es el régimen que mejor conviene a sus intereses. Sin embargo, la mayor parte de las personas contraen matrimonio sin celebrar dichas convenciones matrimoniales, sujetándose a los regímenes legales supletorios. Pero esto no debe significar que los menos queden impedidos de establecer el régimen que ellos puedan creer más conveniente”<sup>17</sup>.

Por lo tanto, más allá de que siga existiendo gente que no encuentre la necesidad de regular expresamente sus relaciones patrimoniales al momento de contraer matrimonio, esto no implica que no sea una necesidad que se halle patente en nuestra sociedad. Lo único que generaría es que, aquellos que realmente deseen pautar ciertas cuestiones, deban cruzar las fronteras para poder llevar a cabo sus intereses.

Se suele criticar que un régimen convencional puede atentar contra la confianza en la pareja. Sin embargo, creo que ocurre exactamente lo contrario. Aquellos que sí quieren, pueden dejar “las cosas en claro” desde un principio para que después no haya confusiones. Por otro lado, tampoco se busca una modificación que implique, como en el caso mexicano, que los futuros cónyuges deban obligatoriamente elegir algún régimen, sino que pueden optar por el silencio, ateniéndose al régimen vigente actual, sin que los afecte la discusión doctrinaria que se está llevando a cabo en este trabajo.

En pocas palabras, el Dr. Fleitas Ortiz de Rozas<sup>18</sup> realiza una excelente compilación sobre las razones que generan la necesidad de cambio: “el

<sup>17</sup> BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil argentino: Familia”, en la Tercera Edición Aumentada y Actualizada, de Perrot, Buenos Aires, en la impresión de 1962, T. I, p. 201.

<sup>18</sup> FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, “¿Imperatividad o Autonomía? El régimen matrimonial de bienes en el proyecto de reforma del Código Civil”, T.1999-F, Sec. Doctrina.

régimen imperativo de comunidad se relacionaba con una estructura económica y social de la familia (la mujer reservada a la vida doméstica y a la crianza de los hijos) que ha cambiado sustancialmente, pues ahora hombre y mujer comparten el mercado de trabajo y desarrollan actividades económicas productivas en un pie de igualdad; que el pluralismo social aconseja no imponer un modelo único y permitir que los directamente interesados elijan el que más se ajusta a sus circunstancias; que la igualdad entre los cónyuges implica reconocerles la libertad para acordar sus propias reglas patrimoniales; que la evolución del derecho de familia le concede un lugar cada vez más amplio a la autonomía de la voluntad; que la vigencia del divorcio genera segundos matrimonios donde los contrayentes frecuentemente no quieren verse nuevamente atados por las complicaciones del régimen patrimonial comunitario; y que la circunstancia de que una eventual mayoría prefiera para sí el régimen de comunidad no justifica imponer esas reglas a la minoría.”

#### HIPÓTESIS DE RESOLUCIÓN

En esta línea de pensamiento actualmente existe un Proyecto de Reforma del Código Civil, desarrollado por una Comisión creada por el Decreto 685-95.

En pocas palabras, según expresa en sus fundamentos, el mismo “incorpora la posibilidad de optar entre el régimen de comunidad y el de separación de bienes al momento de la celebración del matrimonio, o de modificarlo con posterioridad. Determina como régimen supletorio para el caso de falta de opción el régimen de comunidad de bienes. Prevé disposiciones comunes a todos los regímenes patrimoniales matrimoniales inderogables por la voluntad de las partes... Permite la libre contratación entre esposos”<sup>19</sup>.

En otras palabras, se dejaría a un lado la impronta del régimen legal y forzoso para admitir la elección a cargo de los cónyuges, siempre y cuando se apeguen a unos de los tipos permitidos por ley y que no sean contrarios al orden público, a la igualdad de los cónyuges, a las buenas costumbres o a

<sup>19</sup> MEDINA, Graciela, “La posibilidad de pactar el régimen de bienes en el matrimonio. Limitaciones y proyecto de reforma del Código Civil, en Página de Internet: <<http://www.graciamedina.com/archivos/articulos/pdf/000050.pdf>>, consultada en 23/04/2009.

la buena fe. Asimismo, el Proyecto establece una regulación en protección de los terceros, al imponer la inscripción de dicha opción en el Acta de Matrimonio, así como la obligación de realizar en escrituras públicas las convenciones al respecto.

Por otro lado, esta posible Reforma agranda el abanico de posibilidades al “permitir la modificación del régimen adoptado después de dos años de aplicación del régimen” (según el art. 441 del Proyecto). La Dra. Mariana Kanefsch<sup>20</sup> opina, al respecto, que este plazo mínimo impediría que los cónyuges estuviesen cambiando constantemente el régimen patrimonial, afectando al seguridad jurídica de los terceros que quisieran contratar con ellos, y por otro lado, permitiría conocer la funcionalidad de dicho régimen para el matrimonio en cuestión.“

Por último, esta nueva regulación, manteniendo en gran medida el régimen actual, concluye diciendo que, ante el silencio o la falta de elección del tipo establecido por ley, se entenderá que los cónyuges se regirán por el régimen legal vigente, dando el pie a los artículos presentes en el Código Civil.

Desde otro punto de vista, si bien admite una mayor autonomía de la voluntad de las partes en cuestión, no por eso esta Reforma permite que los cónyuges puedan pautar lo que quisieran, aún en abuso entre ellos o frente a terceros. Por eso, incorpora un concepto que no se encontraba en nuestra legislación actual, protegiendo aún más a todas las personas afectadas por este régimen.

La Dra. Medina, propulsora de este Proyecto, explica que, más allá de que ha sido tachado como anti-solidarista y contrario al interés familiar, “es superlativamente más tuitivo de la familia que el régimen vigente al incorporar un conjunto de reglas de orden público que establecen pautas proteccionistas de los derechos a la vivienda familiar, de los muebles que en ellas están incluidos y de las necesidades básicas de los cónyuges y sus descendientes, de las que hoy se carece o se tiene en un grado reducido.”<sup>21</sup> Un ejemplo de esto se ve en la ampliación de la protección del cónyuge no titular del bien inmueble en donde está radicado el hogar conyugal (de

<sup>20</sup> KANEFSCSK, Mariana, “Autonomía de la voluntad, cambio de régimen y régimen primario”, en Página de Internet: <<http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000119.pdf>>, consultada en 23/04/2009.

<sup>21</sup> MEDINA, Graciela, “Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil”, en Página de Internet: <<http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000010.pdf>>, consultada en 23/04/2009.

acuerdo al art. 1277 del Código Civil), ya que no es requisito necesario la existencia de hijos menores o incapaces en el mismo, sino que basta para otorgarla que allí convivan los cónyuges, nada más.

Este breve resumen del Proyecto de Reforma muestra los prejuicios que existen al respecto y el estudio pormenorizado que se le ha dado al mismo para buscar una mejor solución para la sociedad y las familias que existen en nuestra sociedad actual.

## PENSAMIENTO FINAL

Para concluir con el trabajo, me gustaría acudir a dos frases que explican la necesidad de la reforma que se promueve.

Por un lado, el Dr. Borda aclama que “el derecho es disciplina al servicio de la vida del hombre; como tal no puede ignorar la realidad social; por el contrario, debe valorarla, combatirla, destruirla, tomarla, para transformarse en realidad jurídica viva y no ser una formulación vacía sin contenido social. Los cambios operados desde la vigencia del Código son profundos en las ideas, en los sentimientos, en las costumbres, los criterios y las condiciones de vida, tocantes a lo cultural, lo moral, lo económico. El derecho, por tanto, no puede permanecer impasible dejando de reflejar esas profundas transformaciones. El derecho debe adecuarse a las necesidades de los tiempos...”<sup>22</sup>.

Por otro lado, la Dra. Mariana Kanefsch trae a colación un pensamiento muy acertado. Se suele escuchar una crítica bastante fuerte con respecto a que se estaría discutiendo una regulación que afectaría tan solo a un pequeño grupo, que sería el que realmente optaría por el régimen de Separación de Bienes. Al respecto, contesta que “actualmente comienza a desarrollarse en la doctrina y la jurisprudencia una nueva idea de democracia, la del sistema jurídico que respeta las minorías. Por ello, no creo que sea suficiente argumento para no modificar el régimen patrimonial, el que sólo una minoría haga uso de la libertad de elección. Estaríamos en presencia de un sistema jurídico perverso si sólo se legislara para la mayoría y se impidiera a las minorías arbitrariamente la regulación de sus derechos”<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> BORDA, Guillermo A., “A propósito de la reforma de 1968 al Código Civil”, LL, 1981-B-1016, citado en Ob. Cit de VIDAL TAQUINI, Nota 2, p. 272.

<sup>23</sup> KANESCH, Mariana, “Autonomía de la voluntad, cambio de régimen y régimen primario”, *ob. cit.* en Nota 20.

Al comienzo de este trabajo, comencé preguntándome si la posibilidad de elegir el régimen patrimonial aplicable al matrimonio era un mal necesario, si debía mantenerse la imperatividad existente en nuestro ordenamiento jurídico o si, por el contrario, debíamos inclinarnos en favor de la mayoría de las legislaciones comparadas. Al formularme dicha pregunta, buscaba ubicarme en la posición de aquellos autores que encuentran en los contratos un interés completamente opuesto al interés en juego al iniciar la vida conyugal. Sin embargo, al analizar la evolución normativa y sociológica, pude observar la verdadera *necesidad* que existe en la materia de actualizarse, aggiornarse a la sociedad en que vivimos. No logro ver el *mal* que pueda generar abrir la posibilidad a los futuros cónyuges de acordar de qué manera desean organizar su propia sociedad conyugal. Vale recordar asimismo que, en caso de no creer necesario tener que plantearse dichas preguntas al iniciar dicho plan de vida común, no hay motivo para hacerlo. Simplemente habrá que respetar la normativa existente que seguirá vigente, sólo con un tinte supletorio.

Como corolario, la sociedad pide un cambio de perspectiva. Distintos factores coadyuvan para que este cambio sea una realidad. El proyecto ya está planteado, el mundo lo recibiría con ansias, sobre todo, nuestros vecinos sudamericanos. No implica derogar la regulación actual del Código sino, tan solo, incorporar un articulado que admita la elección del régimen y que los contrayentes puedan acordar las convenciones necesarias para un mejor manejo de su vida conyugal, siempre que no alteren el Orden Público, la Buena Fe, la Moral y las Buenas Costumbres.

## SUBJETIVIDAD, ESTRUCTURA Y SISTEMA PENAL

VERÓNICA ANALÍA GARBE\* Y JUAN PABLO SUSEL\*\*

*Dedicamos este trabajo a nuestros Padres.*

**Resumen:** La intención del siguiente trabajo es pensar cómo los discursos acerca de la realidad social son moldeados por instancias de poder favoreciendo la reproducción del orden establecido. Para esto nos posicionamos desde un paradigma epistemológico que interrelaciona estructura y subjetividad. Prestamos singular atención al funcionamiento de las agencias de poder, principalmente a las que constituyen el sistema penal, y cómo éstas operan en la práctica. Dentro del análisis de estas agencias debe prestarse principal atención a la instancia comunicacional pues ésta opera para la construcción y consolidación de un orden instituido. A este análisis debe sumarse la importancia que atribuimos a las clases sociales y cómo es que estas operan interactuando con las agencias de poder. A su vez, indagaremos los discursos producidos por las agencias comunicativas productoras de estereotipos que repercuten en el corpus social.

**Abstract:** The goal of this work is to discuss how the discourse on social reality is shaped by those holding power, thus leading the establishment to be reproduced. In order to achieve this, an epistemological view that interrelates structure and subjectivity will be taken. Special emphasis will be laid on the operation of power agencies, mainly on those constituting the criminal justice system, and on how they operate in practice, and in analyzing such agencies, primary attention will be drawn on communication used as a tool to build and consolidate an established order. The importance we attach to social classes and how these interact with the operating agencies of power will also be taken into account. In turn, we will deal with the discourse produced by the agencies recreating communication stereotypes that affect the social corpus.

\* **Estudiante de Abogacía (UBA).**

\*\* **Estudiante de Sociología (UBA).**

**Palabras clave:** Estructura, subjetividad, agencias de poder, sistema penal, discursos, agencias comunicativas, estereotipos, corpus social.

**Keywords:** Structure, subjectivity, power agencies, criminal system, speeches, communication agencies, stereotypes, social corpus.

*Nadie sabe lo que puede un cuerpo  
(Baruch Spinoza)*

*El mejor poema que conozco tiene una sola palabra dice así: nosotros  
(Muhamad Ali, "Cuando éramos reyes", documental Por Guillermo Ortiz)*

## INTRODUCCIÓN

La intención del siguiente trabajo es pensar cómo los diferentes discursos acerca de la realidad social son moldeados por instancias de poder y cómo éstas afectan, producen y reproducen los comportamientos de los actores del *corpus* social modelando actitudes que permiten la reproducción del orden establecido.

Pensamos que el funcionamiento intrínseco de desarrollo de estas instancias de poder debe pensarse localizando claramente la situación histórico-social en la cual acontecen estos fenómenos.

Para esto basta con observar cómo afectó y afecta a las sociedades latinoamericanas el modelo neoliberal implantado de manera brutal durante toda la década del 90 en gran parte de América latina.

Según Cuello, las consecuencias del neoliberalismo en Argentina bajo el régimen de convertibilidad pueden ser expresadas sintéticamente: crecimiento con estabilidad, sin efecto derrame sobre la sociedad. Argentina fue el único país de América latina en el que a la vez que los salarios reales bajaron, el desempleo aumentó. El índice de bienestar, medido tomando en cuenta el incremento de la incertidumbre respecto del mantenimiento del empleo, y la creciente marginación y exclusión, que produjeron secuelas en términos de drogadicción, delincuencia, crimen y prostitución, ha descendido, en menos de una década, hasta el punto de sorprender al observador más pesimista<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> CUELLO, Raúl E., "El neoliberalismo, una ideología contraria al equilibrio social", en *Tiempos Violentos*, compiladores: Atilio Borón, Julio Gambina y Nahum Minsburg, Ed. Eudeba, 1999, p. 139.



La devastación que produjo este modelo opera y operó sobre la subjetividad de la inmensa mayoría de la población definiendo prácticas y modalidades discursivas y no discursivas que construidas por los dispositivos de control social y que se ven reflejadas en un aparato de justicia y de policía, de vigilancia y de castigo, que no deja ninguna discontinuidad en el ejercicio del poder punitivo.

En este orden de cosas nos referiremos a los discursos jurídico penales, analizando los complejos normativos que habilitan una forma de coacción estatal e intentando comprender cómo opera el sistema penal y cómo la pena no logra en realidad cumplir las funciones que *a priori* se le asignan.

Hallamos aquí una contradicción entre la operatividad del sistema penal y los discursos que operan en torno a él.

A su vez trabajaremos la contradicción que plantea Zaffaroni entre discurso teórico y agencias de poder y cómo operan éstas en la práctica, indagando esto en relación con el acceso de la masa a su visibilidad y presencia social y la masificación que este proceso supone. Indagaremos asimismo cómo la experiencia de lo masivo permite el enmascaramiento de la desigualdad social y junto con este fenómeno prestaremos atención a cómo se anula cualquier dispositivo de integración ideológica, donde el poder de la multitud queda totalmente desarticulado por el fenómeno comunicacional que, a la manera de cualquier aviso comercial manipula la opinión, estandariza una mirada del mundo que recorta datos sociales enfocando a un determinado actor social como chivo expiatorio para explicar fenómenos sociales sin datos reales. En este sentido, la idea de la criminalidad y su frecuencia, pensada como dato que muestra el grado de enfermedad de nuestra sociedad, es anulada y reemplazada por un idea según la cual la criminalidad y el criminal son objetos pasibles de ser reformados por ser excepcionales al estado de naturaleza humano.

## DE HEGEMONÍAS AGENCIAS Y DISCURSOS

Es importante empezar a definir algunos conceptos que abordaremos en el transcurso del trabajo. Para ello haremos algunas consideraciones previas, describiendo las ideas principales con las que trabajaremos:

En primer lugar cabe aclarar que la idea de poder con la que trabajamos, es la idea foucaultiana de poder; en este sentido, señala el autor francés que “a partir del siglo XVIII la vida se constituye como objeto del

poder, la vida y el cuerpo. El poder se hace materialista, deja de ser esencialmente jurídico. Ahora debe lidiar con esas cosas reales que son el cuerpo, la vida. La vida entra en el dominio del poder, mutación capital, una de las más importantes, sin duda, en la historia de las sociedades humanas”<sup>2</sup>.

Desarrollaremos el siguiente trabajo teniendo en cuenta la idea de hegemonía, entendida ésta como los discursos que los grupos de poder producen y reproducen en el tejido social a través de sus diversas agencias.

Por sistema penal entendemos el conjunto de agencias que operan la criminalización (primaria y secundaria) o que convergen en la producción de ésta, de sus relaciones recíprocas y de sus relaciones con el exterior. A su vez, entendemos por criminalización la selección que subyace a todo poder institucionalizado, elección que no se da por simple azar sino por el actuar de múltiples agencias que conforman el sistema penal. Este proceso selectivo –a decir de Zaffaroni– se da en dos etapas, una en el acto y efecto de sancionar una ley penal material que incrimina o permite la punición de ciertas personas, acto formal, programático, lo que llamamos “criminalización primaria”; la otra es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas lo que llamamos “criminalización secundaria”<sup>3</sup>. Consideramos a su vez que las agencias de poder y su lógica de funcionamiento deben pensarse desde una perspectiva estructural, considerando que el Estado brinda una desigual base de recursos para que los diferentes actores, esto provoca que sus demandas se oigan de una manera dispar. Las instituciones estatales suelen, entonces, contribuir a garantizar y organizar la reproducción de la sociedad en tanto que sociedad capitalista.

El concepto de “agencia”, desarrollado por Zaffaroni, puede rastrearse en la conceptualización que realiza Louis Althusser de los aparatos ideológicos del Estado. El filósofo francés designa con este nombre cierto número de realidades que se presentan al observador inmediato bajo la forma de instituciones distintas y especializadas tales como escuela, familia, iglesia, sistema político (incluye la suma de los partidos), sistema sindical y sistemas de comunicación (prensa, radio).

Según esta conceptualización se comprende mejor lo que representa dentro del aparato de Estado de Derecho el sistema penal. En el análisis

<sup>2</sup> FOUCAULT, Michel, “Las redes del poder”, en el *El lenguaje libertario*, Compilador: Cristian Ferrer, Ed. Altamira, Bs. As, 1999, p. 23-24.

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Bs. As, 2002, p. 7.

de todo sistema penal deben tomarse en cuenta las siguientes agencias: políticas, judiciales, policiales, penitenciarias, de comunicación, de reproducción ideológica, internacionales, transnacionales.

Creemos conveniente resaltar, como lo hace Zaffaroni, que en el proceso de selección juegan un papel importante las agencias morales que participan en ambas etapas de la selección pues, sin estos empresarios morales, los políticos no sancionan una nueva ley y tampoco las agencias secundarias empiezan a seleccionar nuevas categorías de personas<sup>4</sup>; esto se relaciona con el concepto de “empresa moral” utilizado por Rancière. Según el autor francés, las empresas morales distribuyen simbólicamente a los cuerpos, distinguiendo a aquellos cuerpos visibles de los no visibles. En otras palabras, determinan qué emisiones sonoras son entendidas como palabra que puede enunciar lo justo mientras que otras sólo se perciben como ruido<sup>5</sup>. Como resalta Zaffaroni, el rol de empresario moral lo puede asumir un comunicador social en pos de maximizar la audiencia, un político en busca de clientela, un grupo religioso en procura de notoriedad, un jefe policial persiguiendo poder frente a los políticos, etc.

En términos de Rancière, la criminalización hace a una distribución de los lugares y las funciones. Nos referimos en este caso a la ley, ésta define las divisiones, los modos del hacer, los modos del decir. Tomando a Zaffaroni, podemos ejemplificar esto al advertir que los delitos cometidos por personas sin acceso a la comunicación, que por su pobre formación realizan obras toscas son vistos como los únicos delincuentes y sus hechos como los únicos delitos. Este fenómeno, dice Zaffaroni, se da por la disparidad que existe entre el programa de criminalización primaria, la cantidad de conflictos criminalizados en una sociedad y la limitada capacidad operativa de las agencias de criminalización secundaria.

## LA MIRADA DEL AMO

Los fenómenos de criminalización, que narran y distinguen lo visible de lo invisible, a través de los discursos que atraviesan el cuerpo social, son modelados por el fenómeno comunicacional antes brevemente desarrollado.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>5</sup> RANCIÈRE, Jaques, *El desacuerdo, Política y Filosofía*, Ed. Nueva Visión, Bs. As., 1996, p. 39.

En consonancia con estas ideas convenimos con el análisis realizado por Regueiro, Varela y Sarmiento acerca de la operatividad del marketing y de los medios de comunicación en la cultura contemporánea y sobre cómo el deseo es modelado desde el poder que las agencias comunicacionales tienen en nuestra vida cotidiana regulando a su vez nuestros flujos de deseo: “El deseo no tiene por meta a personas o cosas, aunque en la práctica se acumula en un objeto o en un sujeto determinado. Se trata de zonas de saturación del deseo que son establecidas para el mejor control social”<sup>6</sup>.

Este deseo moldeado por la instancia comunicacional opera para la construcción y posterior consolidación de un orden instituido. Siguiendo esta conceptualización, Zaffaroni afirma, con obvias influencias foucaultianas, que los discursos jurídico-penales dominantes racionalizan el poder de las restantes agencias de criminalización valiéndose de elementos de tres clases: legitimantes, pautadores y negativos.

Los *elementos legitimantes*, o de racionalización de la criminalización, conocidos como la teoría de la pena, proceden a la generalización de alguna función positiva a partir de casos particulares y condicionan el resto del discurso. Estos elementos determinan servilmente los *elementos pautadores* (teoría del delito y de la cuantificación punitiva), pero no agotan en éstos su función porque existe una tercera categoría de elementos discursivos, condicionada por los elementos legitimantes, a saber los *elementos negativos* del discurso penal, esto es, aquellos que sirven para establecer qué queda afuera del sistema penal-jurídico. Estos componentes son los que explican que no es jurídicamente poder punitivo lo que en realidad es poder punitivo, que hay penas que no son penas y como no lo son, queda legitimada la exclusión de la mayor parte de la población merced a las prácticas que utilizan las agencias de poder.

#### DE POTENCIA, INCERTEZAS Y ALIENACION

En consonancia con estas ideas se encuentra el texto de Jaques Ranciére *La distorsión: Política y Policía*, el cual puede relacionarse con el aporte teórico de Descartes, Marx y Spinoza, entre otros, por la importancia axial

<sup>6</sup> REGUEIRO, Beatriz N., VARELA, Osvaldo H., SARMIENTO, Alfredo J., “De la sangre dorada, de los Borgia y de la Ciudad de Dios y más...”, *Actualidad Psicológica. Psicología Jurídica*, N° 370, Bs. As, Noviembre 2008, pág. 26.

de estos pensadores en la remodelación que operó la subjetividad en occidente, principalmente desde la salida a la luz del *Discurso del método*.

Consideramos que, en la constitución de la subjetividad, el concepto de potencia en la obra de Spinoza y el de alienación en la obra de Marx son fundamentales para desde allí poder pensar ciertas categorías, como las de instituyente e instituido, y ciertos rasgos del poder en las sociedades actuales. Para comprender el concepto clásico de alienación nos apoyamos en el trabajo de Heinrich Popitz. Por su parte, consideramos que el concepto de alienación de Marx puede rastrearse en el pensamiento cartesiano. En efecto, el sujeto racional de Descartes opera como el antagonista teórico del hombre alienado en Marx (y de su intérprete, Popitz).

A este respecto afirma Nine que, con la duda como herramienta, Descartes había dejado en suspenso todo tipo de certeza. Sin embargo, hubo una que pudo resistir todos los ataques y de la cual es imposible dudar: el hecho de la existencia de mi propio pensamiento. Mientras yo tengo dudas no puedo dudar de que estoy dudando y como la duda es mi propia forma de pensamiento no puedo dudar que pienso. Eso es una primera verdad inmovible, la realidad de mi propio pensamiento. Por lo tanto la primera verdad que logra superar la duda es *cogito ergo sum* (pienso luego existo)<sup>7</sup>. Desde esta premisa básica y axial es que pensaremos al hombre como lo define Descartes como ser que, ante todo, duda y opondremos esta definición para desde allí pensar y confrontar lo que hay de oculto en la construcción de las relaciones sociales utilizando la metáfora durkheimiana del velo que oculta la realidad; todo esto representado desde otro paradigma filosófico, pero en el mismo sentido, en la metáfora lacaniana citada por Žižek: ¿cómo no recordar aquí la famosa afirmación lacaniana de que un loco que cree que es rey no está más loco que un rey que se cree que lo es, quien, es decir se identifica de inmediato con el mando del rey?<sup>8</sup>

Esta frase de Lacan puede ser vinculada con la afirmación siguiente de Enrique Arias Gibert: “Del mismo modo que para el sujeto que es sujeto a la ley, la ley es la palabra del Otro, también es para el oído del Otro que la

<sup>7</sup> NINE, Carlos, ‘Fantagas Siboney’, Revista Fierro, La Historieta Argentina, Bs. As., oct. 2008, año 2, p. 5.

<sup>8</sup> ŽIZEK, Slavoj, ‘Cómo inventó Marx el Síntoma’, en *El Sublime objeto de la ideología*, Ed. Siglo XXI, México, 1992, pág. 51.

palabra que dice el legislador, pobre impostor es enunciada”<sup>9</sup>. La palabra y quien la enuncia es lo que determina ante la ley el valor que tiene la palabra del otro y a su vez esta palabra cobra un valor según el rol que esta misma ocupa en el tejido social, siempre la palabra del rey es la palabra del impostor porque las relaciones sociales son relaciones naturalizadas, en este sentido nadie nace siendo rey, es por eso que Arias Gibert afirma que el legislador siempre es un impostor que ocupa naturalmente un rol que no le corresponde, pues el ser rey no es otra cosa que una construcción social que se naturaliza para que el tejido social pueda mantener en el tiempo esa ficción.

Las relaciones sociales, entonces, son determinadas por la “naturalización” de estas relaciones y por el *plus* de goce que los actores reciben de generar el mismo constituyéndose de esta manera como núcleo irreductible de la subjetividad humana.

Por un lado tenemos relaciones sociales naturalizadas que hallan su verdadero origen en el desarrollo histórico gradual e ininterrumpido, pensando a estas desde una perspectiva marxista. Por otro lado, este ocultamiento es el que describe Zizek, quien vincula a Marx y la teoría psicoanalítica: para Marx un fetiche oculta la red positiva de relaciones sociales, en tanto que para Freud un fetiche oculta la falta (castración) en torno a la cual se articula la red simbólica.

Entonces observamos una realidad social mediada por los fetiches, por el ocultamiento y la naturalización de determinadas relaciones sociales que construyen en sus términos la hegemonía de la clase dominante y por el otro lado tenemos a sujetos que construyen desde el lenguaje su subjetividad y desde allí es que nos situamos para poder comprender desde la duda esta compleja realidad social establecida de antemano.

El sistema judicial, en términos de Zaffaroni, opera por medio del mismo mecanismo de construcción del estereotipo y de naturalización de las relaciones de poder. Así se incorpora una idea de una supuesta realización natural de la criminalización secundaria y de allí la ilusión de su capacidad para resolver los más complejos problemas y conflictos sociales, lo que oculta el mecanismo selectivo de filtración y distorsiona las consecuencias que se le pretenden atribuir a la planificación criminalizante primaria. Se

<sup>9</sup> ARIAS GIBERT, Enrique, “Crítica de la razón jurídica pura. Prolegómenos para una Teoría general del Derecho futura que haya de poder presentarse como ciencia”, inédito. Material extraído de la cátedra Barcesat, ‘Teoría de las relaciones de apropiación’, Facultad de Derecho UBA, segundo cuatrimestre 2008.

pretende comenzar todo análisis de las causas del delito a partir de las personas criminalizadas, dejando de lado cualquier dato social.

#### ACERCA DEL CONTRATO ORIGINARIO

Antes de introducirnos aun más en los conceptos de Zaffaroni, queremos desarrollar brevemente los conceptos binarios de instituyente e instituido, extraídos ambos del trabajo de Eduardo Grüner<sup>10</sup>.

Allí el autor plantea que la teoría hobbesiana del contrato constituye la esfera de lo instituido. Pensando esto en términos lacanianos, la implementación de la ley es lo que permite que haya un consenso, que a su vez es lo que permite a los hombres conciliar sus diferentes intereses, pues esa es la única manera en la cual las pasiones mezquinas son contenidas por el *corpus* social, cristalizando esto a su vez en la ley abstracta.

Consideramos que haciendo una analogía es pertinente afirmar que a este orden (el de lo instituido) se vinculan los discursos jurídicos penales dominantes, estos representan la instancia del universal abstracto, de la ley intachable, pura o, para decirlo en otros términos, el del deber ser.

Por su parte, la importancia del pensamiento de Spinoza está referida al campo de lo instituyente, esto es el poder de la multitud, pensando a esta en términos de potencia. En la obra del filósofo holandés esto es lo que equilibra la fuerza de lo instituido y lo que a su vez produce un proceso de auto-creación por parte de esta multitud, justamente allí radica el carácter subversivo y liberador del spinozismo en contraste con el pensamiento de Hobbes. El pensamiento del primero está construido en torno al Estado, en tanto que el pensamiento del filósofo holandés se construye en torno al rol de sujetos con potencia para subvertir el orden establecido porque son ellos mismos (los sujetos) los que lo van construyendo (instituyendo) constantemente.

Y es justamente aquí que operan las agencias de poder, son ellas las que operan sobre el tejido social, generando discursos que se refieren a esta masa, intentando contenerla, construyendo ellas la subjetividad de sus agentes para, de esta manera, controlar la posibilidad de parte de la masa de construir y utilizar el poder del cuerpo social. Poder que nadie sabe hasta

<sup>10</sup> GRÜNER, Eduardo, 'El Estado, pasión de multitudes', en la *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, Atilio Borón, compilador, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2001, p. 145.

dónde puede llegar, recordemos si no el aforismo borgeano que refería a Spinoza. “nadie sabe cuánto puede un cuerpo”.

Hay instancias de contrapoder generadoras de sus propias regulaciones, registros que no reproducen el control social, la potencia que es construida por los actores sociales construye una alternativa a la hegemonía construida por las agencias comunicacionales que generan miradas uniformes y lineales de la realidad.

Consideramos, en consonancia con las ideas de Grüner, que el poder que se le atribuye a las masas (multitud) está en conflicto con las concepciones del sujeto cartesiano que, a partir de su propio pensamiento, logra reflexionar acerca del funcionamiento intrínseco del poder, a través del mecanismo de la duda y la del sujeto alienado que produce la sociedad capitalista, que deriva en la producción de sujetos enajenados e impide la liberación de la potencialidad que consideramos desde el paradigma spinoziano, referido a la multitud. Para Grüner los cadáveres son la posibilidad de la política. En el dispositivo teórico contractualista el soberano necesita los cadáveres para justificar su imposición de la ley<sup>11</sup>, es decir que las masas son sacrificadas por el orden instituido que demarca el mismo Grüner en la teoría hobbesiana, pero son las mismas masas las que desde este sacrificio al que son sometidas, instituyen un orden que es instalado desde su accionar, es decir desde la implementación de su potencia. Estas masas que son sacrificadas en el ritual de la violencia originaria son también las que originan, posiblemente, un nuevo orden instalando sus demandas desde la implementación del concepto de multitud desarrollado en la actualidad por Negri y Hardt, deudor a su vez de las teorizaciones del filósofo holandés.

Podemos pensar a las masas y su accionar también desde la perspectiva marxista, en relación al hombre alienado, nos referimos a las teorizaciones del Marx de los manuscritos económico-filosóficos.

Dice Popitz.: “El Fenómeno de la alienación es un fenómeno específico de la sociedad burguesa, pero de tal manera que los fenómenos particulares se encuentran en una relación de complementariedad con los otros y entre sí, la violencia es el retiro de los cadáveres tras el cual puede imperar la ley y esto es lo que permite que la ley y la política funcionen<sup>12</sup>. Las agencias de poder a las que se refiere Zaffaroni generan en un sentido la

<sup>11</sup> Eduardo Grüner, ‘El Estado, pasión de multitudes’, en *La filosofía política y moderna...*, *ob cit*, p. 146.

<sup>12</sup> Popitz Heinrich, *El hombre alienado*, Editorial SUR, Buenos Aires, 1970, p. 73.



construcción de un orden simbólico teñido de desigualdad y de ocultamiento de la violencia originaria, que es la que permite que funcione la ley.

La clase dominante es la que detenta los medios de producción y la que logra el monopolio del discurso operando justamente por medio de las agencias de poder. Como comprueba el sociólogo francés Pierre Bourdieu, el capital que detenta esta clase es material y a la vez simbólico.

Desde este lugar es que entendemos por discurso hegemónico aquella visión del mundo que, expresada por un grupo, logra que se interiorice en los grupos ajenos a éste como la única mirada posible del mundo, que logra darle contenido a aquel significante vacío con una visión particular, y se presenta ante todos como única e inmodificable.

#### PALABRAS DE LIBERTAD

La importancia de poder nombrarse en Ranciére y la necesidad de poder representarse muestran una salida por parte de los miembros de la comunidad, pues descubren así la modalidad de la trasgresión a partir del uso de la palabra, la palabra nomina y hace visible; la palabra, en palabras spinozianas, instituye.

Una vez que estos seres se descubren en la modalidad de la trasgresión, como seres parlantes, dotados de una palabra que no expresa meramente la necesidad, el sufrimiento y el furor, sino que manifiesta la inteligencia, estos logran instituirse como sujetos de cambio dentro de la sociedad en la que viven, sus demandas son nombradas, pues se instauran desde la palabra para introducirse definitivamente como sujetos políticos<sup>13</sup>.

Podemos pensar que la palabra para Ranciére es el primer paso que construye el sujeto a la hora de instituir un orden. Consideramos que Ranciére toma al sujeto cartesiano, dotado de razón, y a la vez le imprime lo que representa el concepto de comunidad; de esta manera, el pensamiento de Ranciére actúa como complemento del pensamiento cartesiano, pudiendo imaginar al hombre como parte de un grupo con el cual se identifica, generando en la *praxis* las condiciones materiales de cambio, esto implica que consideramos, como Ranciére lo hace, que el lenguaje construye subjetividad y opera sobre las prácticas de los sujetos modificándolas.

<sup>13</sup> Jaques Ranciére, *El desacuerdo, Política y Filosofía*, Ed. Nueva Visión, Bs. As., 1996, p. 39.

El sujeto cartesiano es un sujeto que se distingue por el lenguaje y la razón (sin olvidar que este autor en sus teorizaciones hace una división tajante del hombre en cuerpo y alma, por no poder explicar, por ejemplo, la esclavitud propia de su época). Para Descartes saber que yo existo es más importante que saber que existe el mundo, a este pensamiento del individualismo racional Ranciére le agrega todo el peso de la filosofía política con su consabida noción de multitud y comunidad.

El lenguaje, entonces, construye la subjetividad y es la condición que permite la construcción del revolucionario sujeto cartesiano.

Utilizar al sujeto cartesiano nos permite comprender la manera de reconstruir y penetrar en la naturalización de las prácticas sociales, no olvidemos que ese sujeto es uno de los eslabones que permiten comprender los grandes acontecimientos políticos de la modernidad, pensamos principalmente en la revolución francesa y el cambio radical que se observó en esta etapa terminando con la nobleza de una vez y para siempre, modificando a su vez las relaciones de poder hacia dentro de las sociedades.

Consideramos pertinente contrastar la construcción de la discursividad en torno a ciertas prácticas de poder en el sistema penal con el pensamiento del autor de las *Meditaciones metafísicas*; pensando a la vez la importancia que tiene el lenguaje en el orden simbólico de la comunidad de los seres parlantes. Este atributo fundamental en las relaciones sociales lo destaca el politólogo francés Jaques Ranciére cuando afirma que lo que diferencia al animal del ser humano es la posibilidad de hablar, de “inscribir un nombre en el cielo”<sup>14</sup>. La imposibilidad de acceder a la lengua, a la palabra por los grupos más desfavorecidos en el tejido social son los que favorecen que se instalen en la red social los estereotipos negativos sobre las clases más desfavorecidas.

Partiendo de la idea de estereotipo que nos da Zaffaroni, quien ejemplifica el concepto de estereotipos con la preponderante visibilidad de hechos groseros cometidos por personas sin acceso a la comunicación, que terminan siendo mostrados como los únicos delitos y las personas seleccionadas como los únicos delincuentes<sup>15</sup>. Consideramos que esto contribuye a crear un estereotipo en el imaginario colectivo por tratarse de personas desvalorizadas, pertenecientes a las clases subalternas y de pocos recursos

<sup>14</sup> RANCIÉRE, Jaques, *El desacuerdo, Filosofía y Política*, ob. cit., p. 39.

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, *Tratado de Derecho Penal...*, ob. cit., p. 9.

económicos, este estereotipo, a su vez, termina siendo el principal criterio de selección secundaria, es decir, sobre las clases subalternas recae finalmente el rigor del poder punitivo.

Consideramos que los estereotipos son producidos por los sistemas comunicativos porque a través de ellos se reproduce el orden instituido a través de los discursos, pues de la uniformidad que estos instauran es que se logra regular los cuerpos y los hábitos que modelan el cuerpo social, generando a la vez una gama de discursos diversos que se instauran dentro de la red de relaciones sociales.

Dentro de la red de discursos observamos que prevalecen discursos estereotipantes que exacerbaban el individualismo extremo, que reproduce el universo teórico neoliberal, discursos acerca del crimen y del peligro que nos rondan como sujetos poseedores de bienes que corremos peligro de perder. Estos discursos están a la vez atravesados por una sociedad en donde hay ciudadanos de primera que son sometidos a crímenes que merecen ser denunciados y castigados y ciudadanos de segunda que son vejados en el silencio y la invisibilidad, negados por las agencias de comunicación.

En este sentido, con la mirada puesta en el sistema penal, el estereotipo es enriquecido continuamente por la comunicación social, proyectando una imagen de su resultado más notorio, el de la criminalización secundaria –la prisionización–, generando un imaginario público en el que las prisiones se hallan pobladas de autores de hechos graves como homicidios violaciones, etc., cuando la mayoría de ellas se encuentran pobladas por autores de hechos groseros cometidos con fin lucrativo<sup>16</sup>.

Cabe aclarar que para Zaffaroni el poder de configuración positiva que posee el sistema penal es ejercido por las agencias policiales en sentido amplio, o sea, por funcionarios del poder ejecutivo en función policial y en modo alguno, reducido a la policía uniformada.

En el mismo sentido afirma Ranciére: “...la palabra policía evoca lo que corrientemente se llama la baja policía, los cachiporrazos de la fuerza del orden y las inquisiciones de la policía secreta pero esta identificación restrictiva puede ser tenida como contingente”<sup>17</sup>, es decir que depende de un contexto social dado, en un determinado momento histórico o, como dice Zaffaroni, hay Estados de Derecho históricos que encierran mejor o peor los estados de policía que albergan.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>17</sup> RANCIÈRE, Jaques, *El desacuerdo. Filosofía y Política*, ob. cit., p. 43.

Muchas veces esa policía que identificamos por su uniforme, es objeto de nuestra propia desconfianza y descrédito y, como nos indica Zaffaroni, muchas veces también de discriminación por parte de la sociedad, todo esto opera como fruto del fenómeno de la selección policizante, que no es más ni menos que una categoría de estereotipo.

## LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y EL OCULTAMIENTO DEL CONFLICTO

Indagando en los discursos producidos por las agencias comunicativas productoras, a su vez, de estereotipos, intentamos esbozar una idea acerca de cómo se va construyendo la percepción social acerca del Estado y del sistema penal y cómo triunfa una lectura dominante en el *corpus* social en los debates que se instalan en la agenda pública. Tomemos como ejemplo, el actual debate sobre la inseguridad: se pone el acento en el rol que juega en la actualidad la comunicación social y su poder de influencia dentro de las diferentes agencias de poder. Queremos mostrar cómo el discurso masificado a través de la televisión, radio, etc. oculta, falsea lo que pasa en nuestras relaciones sociales, y a la vez cómo éste se apoya en nuestro imaginario. Nos sentimos expresados en estos discursos porque están constituidos sobre nuestra subjetividad, es decir, el sujeto “es” en los medios y a través de sus discursos.

Es por esto que no faltan en los discursos que los medios propagan frases como “ya no se puede salir a tomar mate a la puerta”, “los niños ya ni saben lo que es jugar en la vereda”, el discurso nos atrapa, atrapan-do nuestro imaginario, nos hace actores imaginarios de una falsa colectividad donde el nosotros y el ellos se halla vinculado inexorablemente a la posesión de bienes materiales (nosotros somos los que tenemos bienes materiales, ellos son los que nos los quieren robar o bien desposeer). Con esta apreciación queremos dejar en claro que para nosotros los medios de comunicación como instrumentos movilizadores no ejercen la democracia que plantean detentar aunque, a primera vista, este orden se presente así, es decir, como un arma para que los ciudadanos ejerzan un tipo de democracia directa. De esta manera se termina por generar en el cuerpo social graves y complejos conflictos sociales que se intentan resolver con medidas urgentes. Un ejemplo de esto sucede cuando se pretende terminar con los delitos con el aumento de penas, o bajando la edad de imputabilidad a menores de edad. Por todo esto nos oponemos a un derecho penal basado en la ideología de la defensa social, que lleva implícita una división entre buenos y

malos, entre el buen ciudadano y el delincuente. Esta parte de la premisa de la igualdad de todos ante la ley, que ya hemos demostrado, es falsa por la selectividad con la que opera el sistema penal, oculta, a su vez, que la desigualdad va de la mano de la violencia y que se monta un discurso que deja de lado datos sociales que no permiten ver el funcionamiento del Estado y su violencia sobre ciertos sectores de la sociedad y que, desde nuestro punto de vista, sigue el camino que dictan los poseedores de los medios de producción, que son los mismos grupos de poder económico que detentan los medios de comunicación. Dentro de este análisis es que resaltamos el papel del sujeto como actor social en la creación de dicho orden. Pensar las condiciones estructurales en las que este orden se desarrolla, no implica en absoluto negar el caudal de potencialidades que poseen los individuos en su esfera singular y en su esfera plural, pensando a estos desde el concepto spinoziano de multitud, que consideramos, es condicionado a su vez por la contingencia del momento histórico en el que los actores sociales viven.

#### UTOPIA A MODO DE EPILOGO:

Proponemos un Derecho penal que incluya datos sociales para el camino hacia un Estado de Derecho en contraposición con un Derecho Penal que legitima el poder punitivo, conforme a la sociedad que él inventa, sociedad en la que éste alcanza a todos por igual y no tiene en cuenta el poder de vigilancia positivo que es el rasgo más importante del poder punitivo. Proponemos un derecho penal diferente al orden de cosas dado, orden en el que la criminalización sólo alcanza a unos pocos sujetos que son a su vez los más permeables para la construcción de estereotipos negativos, pero que sirve de pretexto para ejercer un poder mucho mayor que no es jurídico sino policial, político, comunicacional, paralelo e ilícito.

#### BIBLIOGRAFÍA

ARIAS GIBERT, Enrique, “Crítica de la razón jurídica pura. Prolegómenos para una Teoría general del Derecho futura que haya de poder presentarse como ciencia”, inédito. Material extraído de la Cátedra: Barcesat, Teoría de las relaciones de apropiación, segundo cuatrimestre 2008. Facultad de Derecho UBA.

BOURDIEU, Pierre y PASSERON, Jean Claude, *Los Herederos. Los estudiantes*

- y *la cultura*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 1964.
- CUELLO, Raúl, “El neoliberalismo, una ideología contraria al equilibrio social”, en *Tiempos Violentos*, compiladores: Atilio Borón, Julio Gambina y Nahum Minsburg, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1999.
- DESCARTES, René, *El Discurso del Método*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1994.
- DURKHEIM, Émile, *Las reglas del método sociológico*, Ed. Alianza, Madrid, 2000.
- FOUCAULT, Michel, “Las redes del poder”, en *El lenguaje libertario*, Compilador: Cristian Ferrer, Ed. Altamira, Bs. As., 1998.
- GRÜNER, Eduardo, “El Estado, pasión de multitudes”, en la *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, Atilio Borón, compilador, Eudeba, 2001.
- HARDT, Michael - NEGRI, Antonio, *Imperio*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2002.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Ed. Losada, Buenos Aires, 2007.
- MARX, Karl, *El Capital*, Siglo XXI, México, 1988.
- : *Los manuscritos económicos filosóficos*, Buenos Aires, 2007.
- NINE, Carlos, “Fantagas: Siboney”- *Revista Fierro*, la Historieta Argentina, año 2, Bs. As., Octubre, 2008.
- O’DONELL, Guillermo “Para una teoría de Estado”, *Teoría de la burocracia estatal*, Oscar Oslak, compilador, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1984.
- POPITZ, Heinrich, *El hombre alienado*, Editorial SUR, Buenos Aires, 1970
- RANCIÈRE, Jaques, *El desacuerdo, Política y Filosofía*, Ed. Nueva Visión, Bs. As., 1996.
- REGUEIRO, Beatriz, VARELA, Osvaldo H., SARMIENTO, Alfredo J., “De la sangre dorada, de los Borgia y de la Ciudad de Dios y más...”, *Actualidad Psicológica, Psicología Jurídica*. N° 370, Bs. As., Noviembre 2008.
- SPINOZA, Baruch, *Tratado Teológico Político*, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Bs. As., 2002.
- ZIZEK, Slavoj, “Cómo inventó Marx el Síntoma”, en *el Sublime objeto de la ideología*, Ed. Siglo XXI, México, 1992.

## AGENTES ENCUBIERTOS Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA: DERECHO Y DEMAGOGIA

FLAVIA LAMARRE\*

**Resumen:** El artículo pretende analizar el uso de agentes encubiertos como práctica violatoria de los derechos fundamentales de los individuos. El empleo de una herramienta de indagación con vestigios inquisitivos, tal como es el recurso de los agentes encubiertos, encuentra su sustento en discursos demagógicos fundados en el temor social al crimen organizado. Esos discursos legitiman y presentan como necesario un Estado que despoje de sus derechos a los ciudadanos, de modo tal que todos, hombres y mujeres, pasen a ser sospechosos, sujetos a vigilancia estatal.

**Abstract:** The present essay intends to analyse the way in which secret agents are used in order to violate fundamental civil rights. To investigate an individual, through secret agents, is the result of demagogic speeches based on the social fear that an organised crime may occur. Said speeches legitimise the impending need to have a State that denies citizens their rights so that everyone, men and women, become possible criminal suspects and, thus, subject to state vigilance.

**Palabras clave:** Agente encubierto – Crimen organizado – Garantías constitucionales – Vigilancia social – Estado totalitario.

**Keywords:** Secret agent – organised crime – civil rights – totalitarian state.

### I. INTRODUCCIÓN

Los discursos de los últimos tiempos tienden a resaltar la dificultad que se presenta en la sociedad actual en la persecución de cierto tipo de delitos.

\* **Estudiante de Abogacía (UBA).** Agradezco a quienes siempre me impulsaron a escribir y especialmente a mi amiga Cecilia Hopp por sus comentarios y críticas.

Dado el temor y el rechazo generalizado que provocan en la comunidad complejas prácticas tales como el terrorismo, la trata de personas, la prostitución infantil, o el narcotráfico, cada vez ganan más adeptos los discursos que fomentan la persecución sin límite de esta clase de comportamientos.

La posibilidad de utilizar agentes encubiertos en la investigación penal no se corresponde con el respeto debido al individuo. No obstante, cada vez más legislaciones incluyen a esta figura. Ello se debe, principalmente, a que se ha pretendido legitimar su uso acudiendo a argumentos que podríamos calificar de demagógicos. Así, el agente encubierto se ha transformado en una de las pocas herramientas con las que contaría el Estado para luchar contra una nueva clase de delitos. El crimen organizado es presentado por quienes avalan el empleo de agentes encubiertos como una forma de criminalidad que ni siquiera pudo ser imaginada por los iluministas que propugnaban la limitación del poder persecutorio del Estado. La alarma social que genera esta clase de delitos ha contribuido a la aceptación casi generalizada de los agentes encubiertos, a pesar de que su tarea implica la violación de disposiciones constitucionales. Desde esta perspectiva, en los casos de criminalidad grave y de difícil esclarecimiento debería prevalecer el interés de la sociedad en la persecución penal sobre el interés de los individuos acusados en que no se vulneren sus derechos<sup>1</sup>.

Ahora bien, los derechos del individuo merecen protección, aun cuando signifique que algunos culpables quedarán impunes. El camino de perseguir la verdad a cualquier costo trae aparejado, eventualmente, un peor resultado. En ese sentido, el Estado se convierte en autor de los mismos crímenes que pretende perseguir. Nos alejaríamos del Estado de Derecho para acercarnos a un Estado totalitario con cada vez más facultades de control y vigilancia de los individuos. Seguir esta senda no haría más que transformar al agente encubierto en un instrumento en virtud del cual todos podríamos sentirnos vigilados todo el tiempo, el Estado podría ser esa persona que está junto a nosotros y cualquier cosa que hagamos podría incriminarnos.

Este artículo comenzará por intentar definir qué es el crimen organizado para luego avocarse a conceptualizar brevemente la ya añeja oposición entre eficiencia y garantías en el derecho procesal penal, señalar cuál es la regulación que la legislación nacional efectúa en materia de agente encubierto, analizar la compatibilidad de este recurso de investigación con el

<sup>1</sup> Cfr. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal T II: Sujetos Procesales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 137/138.



derecho a la intimidad y la prohibición de autoincriminación, y finalmente exponer los peligros para la libertad que el empleo de agentes encubiertos trae aparejado.

## II. CRIMEN ORGANIZADO

Difícilmente pueda ofrecerse una interpretación unívoca de crimen organizado. A lo largo del tiempo han surgido diversos criterios para poder determinar cuándo estamos en presencia de una organización criminal. Para poder encontrar un sentido al concepto en cuestión es que vamos a recurrir a nociones de la sociología.

En primer término, se encuentra el criterio cuantitativo: para poder afirmar que estamos en presencia de un grupo criminal es necesario que la organización esté integrada por un cierto número mínimo de personas. El criterio cualitativo exige que la actividad delictiva que lleve a cabo este grupo revista cierta complejidad. Desde una perspectiva temporal, para poder calificar a un grupo de personas que desarrolla una tarea específica como organización criminal, es necesario que dicha organización perdure en el tiempo, es decir, que sobreviva a sus integrantes, que continúe en el desarrollo de sus actividades aun después de que quienes la conformaron originalmente hayan desaparecido. El criterio estructural demanda la existencia de una estructura jerárquica al interior del grupo y desde el punto de vista técnico se requiere la profesionalización de los miembros de la organización. De este modo se hace posible la división de tareas, de manera tal que de acuerdo a la posición que se ocupe dentro de la organización, serán las tareas que deberán realizarse. Finalmente, algunas teorías sociológicas asemejan el crimen organizado a una empresa. Así, la comisión de los delitos se orienta por un cálculo de costo-beneficio. La realización de una conducta ilícita tiene por objeto acumular ganancias que superen en gran medida los perjuicios que podrían derivar del descubrimiento de su actuar delictivo. Finalmente, se pone de resalto que lo que caracteriza a las organizaciones criminales es su capacidad para generar miedo, de valerse de su estructura profesional y de la violencia para intimidar<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. VIRGOLINI, Julio E. S., *Crímenes Excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Colección Tesis Doctoral N° 2, Edmundo S. Hendler e Ignacio F. Tedesco Directores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, cap. V (p. 187-237).

No todas las teorías sociológicas o definiciones legales requieren la reunión de todos estos criterios para determinar la existencia de una organización criminal. Las definiciones de ‘crimen organizado’ varían, pero siempre se fundan en uno o más de estos criterios.

Por ejemplo, a través de la Ley 25.632<sup>3</sup> la Argentina aprobó la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, junto con el *Protocolo Complementario destinado a Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, y Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire*. En dicha convención se estipula qué es lo que se entenderá por “grupo delictivo organizado”. Así, lo define como un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Por “delito grave” se entiende la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave. No obstante, es dable aclarar que la Convención no exige para hablar de organización criminal una división de tareas entre sus miembros. Así, en el art. 2 inc. c) se establece que “por ‘grupo estructurado’ se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”.

Finalmente, la Convención prevé que los países suscriptores adopten técnicas especiales de investigación, entre ellas, las operaciones encubiertas, siempre y cuando sean compatibles con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno de cada Estado. El art. 20 inc. 1 prescribe: “Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”.

<sup>3</sup> Publicada en B.O. 30 de agosto de 2002.

Cuanto menos son los requisitos exigidos por la definición legal, más fácil es atribuir a una asociación delictiva el carácter de organización criminal. Una vez otorgado ese carácter, se simplifica la tarea de algunos discursos de política criminal tendientes a justificar la vulneración de los derechos y garantías constitucionales de los supuestos integrantes de dichos grupos delictivos.

El crimen organizado es presentado por quienes avalan el empleo de agentes encubiertos como una forma de criminalidad que ni siquiera pudo ser imaginada por los iluministas que propugnaban la limitación del poder persecutorio del Estado: “ante el temor de no poder controlar razonablemente la proliferación de los ataques al orden social, merced a la limitación instrumental de instituciones pensadas para una sociedad de características distintas, se tornó necesario apelar a una ‘legislación de emergencia’, que introdujera nuevas técnicas de investigación para luchar contra este tipo de delincuencia, signada por su difícil persecución y comprobación”<sup>4</sup>.

La pregunta que debemos hacernos es si la atenuación de garantías constitucionales resulta ser un mecanismo válido (y útil) para desincentivar estos fenómenos delictivos modernos. Frente al “flagelo criminal” ¿el Estado puede valerse de cualquier herramienta en su combate contra la delincuencia organizada? Medidas atentatorias de derechos fundamentales de los individuos tales como el uso de agentes encubiertos ¿encuentran su justificación en una especie de estado de necesidad frente a la calamidad del crimen organizado?

El temor que produce en la comunidad este tipo de asociaciones criminales es utilizado con asiduidad para justificar la ampliación de los límites de la investigación penal. El agente encubierto encuentra su razón de ser en la necesidad de ‘luchar contra el crimen organizado’. “[L]a idea básica que ha inspirado la aceptación del agente encubierto (...) se funda en la indefensión de la sociedad frente al accionar de las organizaciones de tráfico. Se trata de una cruda confrontación de poder, en la que la organización delictiva posee recursos económicos enormes que compran cada vez más conciencias, un consumo asegurado (y en incremento), y una cultura lábil

<sup>4</sup> CASSANI, Belén, “Agentes encubiertos e informantes como medios de prueba contra el crimen organizado. Un análisis desde la jurisprudencia de Derechos Humanos”, en *El Crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Yacobucci, Guillermo J. coord., Ábaco, Buenos Aires, 2005, p. 237.

a su paso, contra los que pugnan los Estados y el orden jurídico, con pocas victorias significativas en su haber hasta el presente”<sup>5</sup>.

Los discursos de tinte demagógico que justifican la violación de garantías constitucionales en la investigación penal con tal de lograr averiguar la verdad de los hechos, recalcan el peligro que para la sociedad acarrearán las organizaciones criminales. En este sentido, parecería que quien es acusado de formar parte de una de ellas no merecería gozar del estado de inocencia, sino que, por el contrario, la mera sospecha de formar parte de una organización criminal sería suficiente para fundar y legitimar la intromisión del Estado en la intimidad del sujeto sospechado. “[S]e les permite a las autoridades encargadas de la persecución penal la intromisión en los ámbitos privados de los ciudadanos, que, pese a ser sospechados de la comisión de un delito, son inocentes (...)”<sup>6</sup>.

### III. EFICIENCIA VS. GARANTÍAS

Lo antes expuesto pone de manifiesto el resabio inquisitivo de una figura como la del agente encubierto. Detrás de su uso, de la invasión del Estado en la intimidad de la persona, se encuentra la necesidad de encarcelar a los culpables. Con todo, es la culpa y no la inocencia lo que debe ser demostrado en el proceso penal. “Este principio fundamental de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable”<sup>7</sup>.

Un sistema inquisitivo tiene por objeto encarcelar a los culpables. Cualquier medio es válido con tal de establecer qué fue lo que verdaderamente ocurrió y castigar al responsable del delito. No es posible presumir la inocencia de quien es perseguido penalmente. Lo que se presume es su culpabilidad y, como consecuencia, no se le reconoce facultad de defensa alguna. El acusado no merece ser protegido del poder persecutorio del Estado dado que si es culpable, no lo merece, y si es inocente, el inquisidor tarde o temprano lo averiguará. Por lo demás, el reconocimiento de

<sup>5</sup> TORRES, Carlos, “Agente Encubierto”, *Revista del ministerio publico fiscal*, Procuración General de la Nación, Buenos Aires, 1998, Volumen: 0, p. 108.

<sup>6</sup> DENCKER, Friedrich, “Criminalidad organizada y procedimiento penal”, *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, Vol.: 1998/B., p. 479.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 549.

derechos al imputado tornaría muy dificultosa la determinación de la real ocurrencia de los hechos. El eje del sistema es la confesión: quién mejor que aquel que estuvo involucrado en el hecho para relatarnos qué fue lo que pasó.

Esta forma de indagar la real ocurrencia de los hechos fue duramente criticada por el pensamiento iluminista del siglo XVIII. Si bien la nueva concepción del proceso penal mantuvo como finalidad del procedimiento la averiguación de la verdad, admitió que tal objetivo no podía alcanzarse a cualquier costo. El imputado fue reconocido como un sujeto de derecho y no como un objeto de investigación. El Estado de Derecho implica la existencia de límites impuestos al Estado en el ejercicio de su facultad persecutoria. Los derechos y garantías encuentran su origen en la necesidad de proteger al individuo frente al poder estatal. El juicio se comprende como una contienda entre partes iguales, en la que se presume la inocencia del acusado de manera tal que quien tiene la carga de probar el hecho imputado es la acusación. No obstante, no todo método de investigación es válido para fundar una sentencia condenatoria, puesto que todo aquel mecanismo de recolección de evidencia que signifique una intromisión coercitiva del Estado en la esfera de intimidad del individuo, o que de alguna otra manera atente contra garantías fundamentales de la persona, debe ser descartado.

Estas visiones del proceso penal esconden una oposición entre eficiencia en la aplicación de la ley penal sustantiva (castigo a los culpables) y garantías del individuo (evitar el castigo a los inocentes). Lo que legitima el empleo de agentes encubiertos es la premisa de otorgar al Estado facultades investigativas amplias para así lograr encarcelar a los autores de delitos aberrantes tales como el narcotráfico, la prostitución infantil o el terrorismo. No es más que acudir al viejo argumento de que el fin justifica los medios.

Para una justicia entendida como condena, el principio de inocencia no es más que un obstáculo. Las modificaciones al derecho penal y procesal penal “tienden a satisfacer intereses criminalísticos –ante todo, a costa de los derechos de libertad del imputado y de los otros intervinientes en el procedimiento– y aumentan y refuerzan los instrumentos instructorios cuantitativa y cualitativamente”<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 96.

En la actualidad se impone un discurso mediático que confunde justicia eficiente con la prescindencia de derechos y garantías constitucionales. “Gran parte de las reformas penales y procesales de tiempos recientes se han orientado a hacer más sencilla la persecución penal, dejando en el camino, entre otros principios, aquel por el cual la sospecha no equivale a la certeza”<sup>9</sup>.

El derecho penal se convierte en una herramienta tendiente a eliminar eficazmente todo aquello que pueda poner en riesgo la subsistencia de la sociedad. Para justificar la injerencia del Estado en derechos fundamentales del individuo se recurre al principio de proporcionalidad: vale más desconocer derechos y garantías constitucionales que dejar desprotegida a la sociedad frente a los “crímenes graves”. Ahora bien, “(...) se debe tener en cuenta que no es posible tener un derecho penal fuerte con costos nulos. Se paga caro, con principios que fueron logrados políticamente y que siempre son atacables por la política. No existe una prescindencia parcial del principio de culpabilidad o de la protección de la dignidad del hombre; si estos principios no son también de ponderación firme en los ‘tiempos de necesidad’, pierden su valor para nuestra cultura jurídica. Pues a partir de ese momento el criterio para la continuación de la vigencia de estos principios ya no es su valor y su peso específico sino la percepción como problema de la ‘necesidad’ o la ‘grave amenaza’. (...) (Si los principios del derecho penal) son disponibles según el caso, (el derecho penal) perderá —a largo plazo, también ante los ojos de la población— su fuerza de convicción normativa y su distancia moral frente al quebrantamiento del derecho”<sup>10</sup>.

El pretexto de la necesidad de violar derechos de los individuos para encontrar la verdad real es extremadamente peligroso “por ser especialmente apto para la demagogia”<sup>11</sup>. La ‘lucha contra el crimen organizado’ no es más que un argumento efectista que invoca la noción de garantizar la seguridad y que ha conducido a acercar la actual lógica de las pruebas a prácticas inquisitivas<sup>12</sup>. En la actualidad la ‘lucha contra el crimen organizado’ ha dado lugar a que cada vez se le reconozcan mayores facultades a los órganos de investigación. “En este fin de siglo se advierte la existencia de un discurso que al poner el énfasis en la eficiencia y en la eficacia

<sup>9</sup> ZIFFER, Patricia S., *El Delito de Asociación Ilícita*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 17.

<sup>10</sup> HASSEMER, Winfried, Ob. cit., pp. 64/65.

<sup>11</sup> DENCKER, Friedrich, Ob. cit., p. 483.

<sup>12</sup> Cfr. BUNGE CAMPOS, Luis María, “Delatores, informantes y casos análogos”, *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, Volumen: 1999/B.

termina avasallando estas garantías que, obviamente, ponen obstáculos a la tan anhelada eficacia<sup>13</sup>.

El agente encubierto hunde sus raíces en el sistema inquisitivo. Detrás de esta figura se alza el objetivo final de averiguar la verdad a cualquier precio. A este aumento de las capacidades persecutorias de los órganos de investigación del Estado se le contraponen la pérdida de derechos por parte de los ciudadanos. El agente encubierto supone la presencia continua del Estado en la esfera de intimidad de una persona, al punto que puede saber mucho más de ella que aquello estrictamente necesario para obtener una condena judicial.

Las garantías obstan a la acumulación desmedida de poder en manos de los órganos de investigación penal de Estado. El primer interés es (o debería ser) la seguridad y la libertad de las personas. Lo más riesgoso para ellas no son los delitos graves y de difícil esclarecimiento, sino que lo que las pone en un mayor peligro es la concentración de poder del Estado en el ejercicio de la persecución penal. Cuantas menos garantías posea el individuo frente a la coerción estatal, más débil será su posición frente al Estado y mayor será el desequilibrio entre el imputado y la acusación. Precisamente, nos alejamos de un modelo de organización judicial acusatorio para acercarnos a uno claramente inquisitivo.

#### IV. LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

### 1. Agente encubierto vs. derechos y garantías constitucionales

#### *a. Intimidad*

Previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional, art. 11 inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la intimidad es el derecho a que los demás no tengan datos sobre una persona que ésta no quiera que sean ampliamente conocidos.

El agente encubierto es un funcionario policial o un miembro de las fuerzas de seguridad que se infiltra en una organización criminal para

<sup>13</sup> Idem, p. 777.

obtener información de su estructura y funcionamiento. Para ello se vale de una identidad falsa y de una autorización judicial para cometer delitos y así poder ganarse la confianza de los miembros de la organización. El objetivo final es que a partir de los datos que el agente encubierto aporte a la investigación, sea posible reunir prueba de cargo contra los integrantes de la asociación criminal y así poder perseguirlos penalmente. De esta forma, el Estado logra avasallar la intimidad de la persona investigada.

El agente encubierto significa la presencia continua de la persecución estatal en la intimidad del individuo, sin que él lo sepa y mucho menos haya consentido esa intrusión. “La sola existencia de un agente encubierto afecta el derecho a la intimidad de los investigados porque, ocultando su condición de policía, observa y oye lo que ocurre en conversaciones y conductas que tienen lugar en su presencia o en domicilios de personas físicas y jurídicas a los que tienen acceso”<sup>14</sup>.

Cabe hacer mención en este punto del fallo “Fiscal c/ Fernández”<sup>15</sup>, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se refiriera por primera vez al empleo de agentes encubiertos, aun antes de que la figura fuera incorporada a la Ley 23.737. A raíz de un procedimiento llevado a cabo en un bar de Mendoza, se detuvo a un ciudadano boliviano apellidado Fernández secuestrándole cocaína que tenía en su poder. Fernández, luego de ser detenido, indicó a la policía que en una casa cercana se encontraba el resto de la droga. Uno de los policías, vestido de civil, se dirigió junto con Fernández a la vivienda en cuestión, que resultó ser el Consulado de Bolivia. El Cónsul permitió el ingreso de Fernández y del policía, que no se identificó como tal. A pedido de Fernández, el Cónsul le entregó, frente al policía, paquetes con cocaína. En su fallo, la Corte sostuvo que el comportamiento del policía no vulneraba garantía constitucional alguna, puesto que el Cónsul había consentido el ingreso al Consulado de un desconocido sin indagar de quien se trataba, por lo que asumió el riesgo de que los hechos fueran observados por un tercero que podría declarar en un proceso judicial posterior. Ahora bien, de más está decir que si el Cónsul

<sup>14</sup> DELGADO, Martín Joaquín, “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto”, en *Problemas actuales de la Justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas*, Picó i Junoy, Joan, direc., Bosch, Barcelona, 2001, p. 102-103.

<sup>15</sup> Fallos 313:1305



hubiera tenido conocimiento de que quien iba a ingresar al Consulado era un policía, probablemente no hubiera otorgado su consentimiento. Claramente medió un engaño, y un consentimiento viciado no puede validar o legitimar la restricción del derecho fundamental afectado. Por lo demás, el consentimiento no debe confundirse con la ausencia de reparos.

En dicho antecedente jurisprudencial la Corte señaló que “el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales”, considerando que ello ocurre en tanto ese agente se mantenga dentro de los límites del Estado de Derecho. No obstante, el agente encubierto efectivamente viola disposiciones constitucionales y pone en riesgo el Estado de Derecho, sólo que el discurso político imperante logra justificar dichas transgresiones en una pretendida necesidad de eficacia, que resulta en el desconocimiento de los principios básicos del derecho penal y procesal penal. Ese desconocimiento es visto como un mecanismo tendiente a lograr el esclarecimiento y condena de los hechos punibles de manera más simple y rápida. “Así, por ejemplo, puede ser absolutamente correcto que una lucha contra el crimen organizado en el ámbito del tráfico de drogas requiera la introducción de instructores ocultos (...). Pero esta discusión no debería ser conducida como exigencia de un derecho penal conforme al estado de derecho, sino como exigencia de un derecho penal eficiente y suficientemente provisto desde el punto de vista criminalístico, en contradicción con los principios que nos han sido transmitidos desde un derecho penal conforme al estado de derecho”<sup>16</sup>.

Por lo demás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha sostenido<sup>17</sup> que el uso de agentes encubiertos no atenta contra las garantías fundamentales establecidas en la Convención Europea de Derechos Humanos, puesto que el delincuente es libre de tomar sus decisiones y comportarse como desee, aún cuando esté equivocado en la identidad de la otra parte de las negociaciones y en cuanto a la relación que tiene con la policía. El derecho constitucional no protege al delincuente contra la observación de su comportamiento ilegal por parte de un funcionario de policía, acerca de quien aquel ignora su identidad<sup>18</sup>. Lo que se pretende

<sup>16</sup> HASSEMER, Winfried, *Ob. cit.*, pp. 80/81.

<sup>17</sup> LÜDI V. SWITZERLAND JUDGMENT, TEDH, decisión de fecha 15 de junio de 1992.

<sup>18</sup> Cfr. con cita del fallo LÜDI V. SWITZERLAND JUDGMENT del TEDH efectuada por Mario Daniel Montoya en “Informantes y Técnicas de Investigación Encubiertas” Buenos Aires 1998 p.181, citada en el fallo “Gaete Martínez, Rufo Edgar s/ recurso de casación” de fecha

bajo estos argumentos es legitimar el uso de “trucos” por parte del Estado a los fines de lograr el encarcelamiento de individuos de quienes se sospecha están involucrados en crímenes extremadamente peligrosos para la sociedad en su conjunto. Se pretende ignorar la manifiesta violación de derechos y garantías fundamentales ocultándola tras el velo de la necesidad de proteger a la sociedad contra el crimen organizado. Esta pretensión de simplificar la tarea del Estado en cuanto a arrestar a “los culpables” es puesta de manifiesto claramente en la disidencia parcial del magistrado Matscher en el caso Lüdi, quien manifiesta que el uso de agentes encubiertos, aunque enteramente legítimo (dentro de ciertos límites), no es muy ‘agradable’, pero que en la lucha contra ciertos tipos de criminalidad –tales como el terrorismo y las drogas–, el uso de agentes encubiertos es usualmente el único método que hace posible identificar a los culpables y desbaratar bandas criminales<sup>19</sup>. Así, cualquiera que toma parte en una organización criminal corre el riesgo de caer en la trampa. En otras palabras: quien está en una organización criminal es malo y, por ende, no goza de los mismos derechos que los demás –los buenos–, porque si los tuviera, para el Estado sería mucho más complicado arrestarlo.

El uso de agentes encubiertos importa una intensa afectación del derecho a la intimidad dado que “el agente tiene más amplio acceso a los datos propios de la vida privada de los investigados, muchos de ellos ajenos a la propia misión”<sup>20</sup>.

### *b. Razonabilidad*

Si bien el legislador cuenta con un margen de arbitrio a la hora de restringir válidamente un derecho fundamental, lo cierto es que la reglamentación que se haga de esos derechos debe ser razonable. El legislador

---

03/06/99, causa nro. 1569, en trámite ante la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, votos de los Dres. Raúl R. Madueño, Juan E. Fégoli y W. Gustavo Mitchell.

<sup>19</sup> “I also accept that the use of undercover agents or other tricks used by police detectives, although entirely legitimate (within certain limits), is not very “nice”, but in the fight against certain types of criminality - such as terrorism or drugs -, which is one of the most important tasks of the police in the interests of society, this is often the only method which makes it possible to identify those who are guilty and break up criminal gangs, who for their part also use all the methods available to them. So anyone who knowingly takes part in organised crime runs the risk of falling into a trap”.

<sup>20</sup> DELGADO, Martín Joaquín, *Ob. cit.*, p. 103-104.

puede crear derecho dentro del marco o límite de contenidos posibles que le ofrece la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 28 CN, art. 30 y 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Las restricciones de los derechos fundamentales deben estar justificadas por los hechos y circunstancias que le han dado origen, fundarse en la necesidad de salvaguardar un interés público comprometido, y ser proporcionales a los fines que se procura alcanzar con ellas. “(...) Las leyes deben ser razonables, es decir, (...) deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que como prestación o sanción estableció dicho acto”<sup>21</sup>.

Esto significa que la ley no puede desnaturalizar o destruir la sustancia o contenido esencial del derecho fundamental que reglamenta. Aun cuando la lucha contra el crimen organizado aparezca como una finalidad lícita, la restricción al derecho a la intimidad que la utilización de agentes encubiertos implica viola de manera explícita la esencia del género constitucional, en la medida en que contradice el propósito y razón de ser del reconocimiento a los individuos de una esfera de relaciones, asuntos y afectos reservada sólo a ellos y exenta de cualquier interferencia estatal.

En lo que respecta a la proporcionalidad que debe existir entre las limitaciones a un derecho fundamental y los antecedentes y fines de la medida, cabe poner de resalto que el análisis a realizar no se funda en la eficacia del medio elegido por el legislador para alcanzar el objetivo, sino que se trata de resolver si los medios seleccionados son o no proporcionales a las circunstancias que originaron el dictado de la norma y a los fines que la justifican. El interés estatal en combatir el crimen organizado puede aparecer como un fin legítimo, pero la conveniencia o utilidad que el empleo de agentes encubiertos pueda significar para eliminar asociaciones criminales no es suficiente para justificar el uso que se haga de ellos violentando el derecho a la intimidad. No existe una imperiosa necesidad de recurrir a agentes encubiertos para prevenir este tipo de criminalidad, sino que el Estado cuenta con otras herramientas en su haber para investigar esta clase de delitos, todas ellas menos lesivas de derechos fundamentales.

<sup>21</sup> LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p.32.

Una interpretación acorde a la que venimos sosteniendo podemos encontrarla en un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido”<sup>22</sup>.

Aquellas normas que afectan derechos fundamentales deben ser examinadas de acuerdo a un escrutinio estricto. Desde esta perspectiva, el Estado debe probar que la restricción al derecho es necesaria para promover un interés primordial, una finalidad con un valor tan grande como para justificar una limitación de valores constitucionales fundamentales.

En cuanto al uso de agentes encubiertos el Estado falla a la hora de demostrar la estricta necesidad de esta medida, puesto que lo que el Estado no podrá acreditar es la existencia de un interés imperioso que justifique la utilización de agentes encubiertos en la investigación del crimen organizado. Para que esa restricción sea imperiosamente necesaria no es suficiente con demostrar que sea útil u oportuna, sino que debe tratarse de una medida indispensable ante la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión.

La dificultad para el Estado radica en que el fin perseguido mediante el uso de agentes encubiertos (la lucha contra el crimen organizado) de ningún modo es superior al valor constitucional que supone el respeto por la intimidad del individuo.

### *c. Prohibición de autoincriminación*

Esta garantía está consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, art. 8 inc. 2 f) de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14 inc. 3 g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>22</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125

El agente encubierto obtiene información del propio investigado, sin que se reúnan los requisitos establecidos por la ley procesal en relación a la declaración del imputado. La regulación de forma establece que el acusado sólo puede ser interrogado por el juez, debe ser informado del derecho que le asiste de contar con un abogado defensor y de conferenciar con él antes de declarar. A su vez, se le debe indicar cuál es el hecho cuya comisión se le atribuye y cuáles son las pruebas en su contra. También se le debe hacer saber que puede negarse a declarar y que su silencio no será interpretado en su contra. Ninguna de estas formalidades y medidas previas tiene lugar cuando la persona vierte dichos autoincriminatorios frente al agente encubierto, sino que el Estado se vale de una maniobra engañosa para obtener una confesión del sospechoso.

Ante este argumento se alzan las siguientes objeciones: por un lado, resultaría inherente a la tarea del agente encubierto oír y ver lo que sucede a su alrededor y sería la propia ley la que autorizaría ese proceder; por otra parte, en la actividad del agente encubierto no existe un marco coercitivo derivado de la privación de la libertad que torne exigible la previa información al inculcado de los derechos que posee, sino que el sospechoso habla libre y voluntariamente ante la presencia del agente. No obstante, estas consideraciones no son suficientes para justificar el uso de agentes encubiertos y negar la vulneración de la prohibición de autoincriminación. Lo que obsta a que los dichos del miembro de la organización criminal investigado sean utilizados en juicio como prueba en su contra, es que fueron obtenidos mediando un ardid del propio Estado. El agente no revela a quien efectúa las declaraciones autoincriminatorias su verdadero rol. Es ese desconocimiento de la verdadera situación en la que se encuentra lo que priva de libertad y voluntariedad a las declaraciones de la persona investigada. Desde un punto de vista jurídico, no es dable exigir que quien comete un hecho delictivo deba presumir que la persona con la que está interactuando sea un agente encubierto y que lo que diga y haga podrá ser usado en su contra en un proceso posterior.

Si se utiliza al agente encubierto, el derecho a permanecer en silencio del acusado queda vacío de contenido. “El derecho del imputado de no tener que aportar información en el procedimiento penal que le inicia la parte contraria (*nemo tenetur se ipsum prodere*) pierde su objeto cuando se trata del empleo de métodos de investigación secretos empleados en su contra. (...) [L]os agentes encubiertos (...) agotan la información sobre el imputado, sin dejarle siquiera la libre decisión acerca de si hubiere deseado

hacerle llegar esa información a las autoridades encargadas de la investigación o no”<sup>23</sup>.

## 2. Legislación argentina que prevé la figura del agente encubierto

La legislación argentina ha incluido la figura del agente encubierto a través de la ley 24.424 modificatoria de la ley 23.737. El art. 31bis de la Ley 23.737 establece lo siguiente: *Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta:*

- a. *se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero y*
- b. *participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero.*

*La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad.*

*La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas previstas en el art. 31quinques.*

Por tanto, el juez podrá designar un agente encubierto en causas vinculadas con el tráfico de estupefacientes cuando tenga razones para pensar que hay un delito cometido o en vías de cometerse. Debe existir un estado de sospecha serio, referido a un delito determinado. La designación del agente encubierto es procedente como último recurso. Si es posible utilizar otras medidas menos intrusivas deberá optarse por ellas. El magistrado que

<sup>23</sup> DENCKER, Friedrich, Ob. cit., p. 486-487.

interviene en la investigación deberá controlar periódicamente la actuación de los agentes encubiertos<sup>24</sup>.

Por lo demás, la Ley 11.683, en el art. 35 inc. g), faculta a la Administración Federal de Ingresos Públicos a *autorizar, mediante orden de juez administrativo, a sus funcionarios a que actúen en el ejercicio de sus facultades, como compradores de bienes o locatarios de obras o servicios y constaten el cumplimiento, por parte de los vendedores o locadores, de la obligación de emitir y entregar facturas y comprobantes equivalentes con los que documenten las respectivas operaciones, en los términos y con las formalidades que exige la Administración Federal de Ingresos Públicos. La orden del juez administrativo deberá estar fundada en los antecedentes fiscales que respecto de los vendedores y locadores obren en la citada Administración Federal de Ingresos Públicos*. En el afán de combatir la evasión, el Estado ha recurrido al agente encubierto fiscal. Ahora bien, tal como se lo ha expuesto, el empleo de agentes encubiertos ha sido justificado en la medida en que se lo utilice como un mecanismo de excepción al que puede acudirse dada la necesidad de resolver casos graves y extremos en los que el establecimiento de la verdad no puede ser logrado de otra manera. Por ende, las verificaciones encubiertas en el ámbito fiscal deberían desecharse por dos razones. Por un lado, es cuestionable que la evasión tributaria llevada a cabo por vendedores o locadores revista el carácter de un delito grave y de difícil esclarecimiento como para legitimar el uso de agentes encubiertos. Por otra parte, la AFIP tiene a su alcance otras herramientas de fiscalización previstas en la misma Ley 11.683 que son idóneas para alcanzar el fin pretendido y que son menos lesivas a los derechos fundamentales de los individuos.

## V. LIBERTAD Y AGENTES ENCUBIERTOS

El uso de agentes encubiertos abre las puertas a un Estado sin limitaciones ni sujeto a control alguno. Dejamos de ser protegidos por el Estado para transformarnos en sus víctimas. La utilización de un método de investigación tan amplio y violatorio de derechos y garantías fundamentales nos

<sup>24</sup> Cfr. CARRIÓ, Alejandro, "Agentes encubierto y testigos de identidad reservada: armas de doble filo, ¿confiadas a quién?", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, Volumen: 6, pp. 311-318.

conduce por un camino peligroso. Así, podría arribarse a una instancia en la que cualquiera de las personas que convive con nosotros podría ser un miembro de las fuerzas de seguridad que oculta su identidad con la finalidad de saber más de nuestras vidas.

La noción de una posible vigilancia constante y continua contribuiría a que los individuos se sintieran observados todo el tiempo. Tal sensación induciría al sujeto a comportarse del modo en que los demás esperan que se comporte. Finalmente, se alcanzaría el objetivo deseado: una vigilancia permanente en sus efectos, si bien discontinua en su acción. Aún cuando el otro no sea un agente encubierto, es decir, que no haya una vigilancia efectiva, lo fundamental sería generar en la población la sensación de estar siendo constantemente vigilada. “El que está sometido a un campo de visibilidad, y que lo sabe, reproduce por su cuenta las coerciones del poder”<sup>25</sup>.

La intimidad de la persona queda relegada ante el uso de agentes encubiertos: “un agente encubierto (...) se emplea sobre una ‘escena’ completa, es decir se dedica a la vigilancia de una gran cantidad de objetos”<sup>26</sup>. El agente encubierto ofrece al Estado la posibilidad de observar al ciudadano sin ser visto. De esa forma, logra inmiscuirse profundamente en los detalles y en las relaciones sociales. Llevado a sus últimas consecuencias, el uso de agentes encubiertos contribuiría al disciplinamiento de los individuos, quienes se comportarían como si estuvieran bajo una vigilancia permanente y omnipresente. Semejante control sobre las personas conllevaría la pérdida de su libertad y acercaría al Estado a una modalidad totalitaria.

“En cuanto al poder disciplinario, se ejerce haciéndose invisible; en cambio, impone a aquellos a quienes somete un principio de visibilidad obligatorio. En la disciplina, son los sometidos los que tienen que ser vistos. Su iluminación garantiza el dominio del poder que se ejerce sobre ellos. El hecho de ser visto sin cesar, de poder ser visto constantemente, es lo que mantiene en su sometimiento al individuo disciplinario”<sup>27</sup>.

A lo que debemos temer es a un Estado sin frenos, sin reconocimiento y respeto de derechos fundamentales, a un Estado que pretenda monitorear

<sup>25</sup> FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2006, p. 206.

<sup>26</sup> DENCKER, Friedrich, Ob. cit., p. 486.

<sup>27</sup> FOUCAULT, Michel, Ob. cit., p. 192.



la vida de sus ciudadanos sin dejar margen alguno para la elección del propio plan de vida, a un Estado que diga conocer y guiar los intereses de todos. Un Estado así concebido, se inmiscuye en la intimidad sin dejar margen a la libertad individual.

El agente encubierto puede entonces transformarse en una herramienta de terror. Al ingresar en la vida de la gente y ganarse su confianza, podría tender a buscar y eliminar a todo aquel que se presente a los ojos del poder como un opositor. Igualmente, podría utilizarse como un mecanismo de control y disciplinamiento social. El reconocimiento legislativo de la utilización del agente encubierto amplía desmesuradamente la esfera de intervención estatal y restringe al máximo las libertades individuales de quien es objeto de investigación.

Los derechos fundamentales constituyen un muro de contención frente a los abusos en que pudiera incurrir el Estado haciendo uso de su poder de coerción. Cuando los criterios de lo permitido y lo prohibido se confunden, cuando abandonamos la guía del derecho penal liberal<sup>28</sup>, la eventual consecuencia es la pérdida de toda referencia constitucional para finalmente sucumbir a un dominio totalitario en que todo sea posible. Dejarían, entonces, de regir las limitaciones constitucionales para ocupar su lugar la fuerza represiva del Estado, presente a través de los agentes encubiertos hasta en las esferas íntimas de los individuos. La meta de la dominación totalitaria es la destrucción de la individualidad, la supresión de lo diferente: hombres y mujeres deben quedar reducidos a seres autómatas sin iniciativa. El empleo de agentes encubiertos resulta un instrumento útil para alcanzar esos fines. Tal como se manifestara anteriormente, un ciudadano que siente que podría estar siendo vigilado por el Estado se comportará de la manera en que se espera que lo haga. Toda expresión de personalidad, espontaneidad, idea o convicción sería reprimida por el propio individuo debido al temor a una represalia estatal.

## VI. PALABRAS FINALES

Para aumentar las facultades de investigación del Estado se ha invocado la necesidad de combatir el crimen organizado. Dada la peligrosidad de este tipo de delincuencia y la dificultad de su esclarecimiento, se

<sup>28</sup> Entendido como un derecho protector del imputado frente a la persecución estatal.

han incorporado a la legislación una serie de mecanismos de investigación que ponen en juego derechos fundamentales del individuo. Entre esos mecanismos se encuentran los agentes encubiertos.

Las autoridades de investigación pueden hoy hacer algo impensado: inmiscuirse en la intimidad de las personas y acumular una gran cantidad de información sobre ellas, datos que posiblemente excedan el marco del proceso penal en el que se ordenó la medida de prueba. Para ello cuentan con una autorización legal, sólo que dicha normativa es manifiestamente inconstitucional: viola el derecho a la intimidad y la prohibición de auto-incriminación.

No obstante, ese reconocimiento legal del que goza la herramienta del agente encubierto proviene de razones de conveniencia política. Ante el miedo y el rechazo que provocan en la población los delitos vinculados a las organizaciones criminales, generan más votos los discursos que propugnan la eficacia en la investigación, aunque ello signifique desconocer las garantías y derechos fundamentales del individuo. “La opinión pública tiende a aceptar con más facilidad los mensajes de dureza en la lucha contra la criminalidad que aquéllos otros que patrocinan una defensa a ultranza del sistema de garantías. Además, es más fácil recurrir a la radicalización en esa lucha, con medios cada vez más duros y agresivos, que la búsqueda de soluciones creativas”<sup>29</sup>.

Es la vigencia de los derechos fundamentales lo que permite controlar el poder del Estado, que bajo el pretexto de combatir el delito, puede acumular un poder peligroso.

“[L]a forma más peligrosa de crimen organizado conforme a toda la experiencia histórica puede llegar a ser el propio Estado. Es decir que los controladores del crimen organizado requieren, por su parte, de control”<sup>30</sup>.

El agente encubierto es un arma riesgosa. Con el objeto de encontrar al autor de un delito especialmente aberrante, el Estado se inmiscuye en los confines más reservados del individuo. Una persona que todavía no ha sido condenada es sometida a una observación estatal constante. Es vigilada todo el tiempo, en situaciones de la vida cotidiana que distan de tener vinculación con un hecho determinado que sea investigado en un proceso penal. Nace para el Estado la oportunidad de investigar una personalidad, una forma de ser, de conducirse en la vida. Logra invadir una esfera de

<sup>29</sup> DELGADO, Martín Joaquín, *Ob. cit.*, p. 98.

<sup>30</sup> DENCKER, Friedrich, *Ob. cit.*, p. 491.

conocimiento a la que en principio tiene vedado el acceso. El Estado conoce, acumula información, construye un saber a partir de la observación del sujeto.

Tanto el crimen organizado como el Estado cuentan con recursos excepcionales para provocar daños a terceros. Sin embargo, el incremento desmesurado de las armas represivas del Estado para hacer frente al poder de las organizaciones delictivas es sumamente riesgoso. Un Estado intrusivo significa para el ser humano un peligro mucho mayor que el potencial perjuicio que le pueda ocasionar un delito llevado a cabo por un conjunto de particulares. Cuando se faculta al Estado a vulnerar derechos fundamentales, el individuo queda desprovisto de todo resguardo.

De esta forma, el poder niega en la vida cotidiana los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Con fundamento en razones consideradas atendibles (la seguridad, el bien común, la defensa frente al terrorismo, por ejemplo) el Estado despoja explícitamente a los sujetos de sus derechos. La humanidad misma se transforma en clase peligrosa y el ciudadano pasa a ser el sospechoso por excelencia. El Estado tiene, así, decisión absoluta sobre la vida de sus ciudadanos: los sujetos ponen su vida a disposición del poder imperante<sup>31</sup>.

El empleo de agentes encubiertos contraviene derechos constitucionales bajo el amparo de una pretendida finalidad de lograr una mayor seguridad. Se trata de utilizar el proceso penal con fines persecutorios y de vigilancia social. Consiste en negar derechos y garantías individuales en nombre de la ‘necesidad social’ o la ‘emergencia’ y el Estado se excluye a sí mismo de todo control.

<sup>31</sup> Cfr. AGAMBEN, Giorgio, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 2007.



## LA PUBLICIDAD, UNA HERRAMIENTA FUNDAMENTAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

SABRINA VICTORERO\*

**Resumen:** El objeto del presente trabajo es analizar el principio de publicidad en las investigaciones penales referidas a hechos de corrupción.

Como es sabido, el principio de publicidad está tradicionalmente asociado a la idea del juicio oral. Sin embargo, debemos tomar en consideración que el número de causas que llegan al debate es exiguo, en comparación con las que ingresan al sistema de administración de justicia penal, y que, a su vez, esta tendencia se profundiza en lo relativo a la especie de delitos que nos convocan. Considero relevante centrar la atención en la investigación preparatoria, por ser la etapa procesal donde –en la mayoría de los casos– se resuelve el conflicto social que tiene por objeto el proceso penal<sup>1</sup>.

Por estos motivos, se tratará, entonces, de destacar el papel fundamental que le corresponde a este principio en el impulso de las investigaciones, por incorporar a la sociedad civil y los medios de comunicación en la respuesta al flagelo de la corrupción.

**Abstract:** The purpose of this article is to analyze the role of the principle of publicity in criminal investigations related to acts of corruption.

As we know, the principle of publicity is traditionally associated with the trial. However, we must take into account that the number of cases that reach the trial is smaller than the number of cases that enter the criminal justice system, and that this trend is deepened in reference to this type of offences. In consequence, I understand that it is important to focus on the preliminary investigation, being

\* **Estudiante de Abogacía (UBA), ayudante alumna del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho (UBA).**

<sup>1</sup> ABREGÚ, Martín, “La instrucción como pre-juicio”, Artículo publicado en la obra colectiva *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.

the procedural stage where, in most cases, the social conflict, that originates the criminal proceeding, is resolved.

For these reasons, I will try to highlight the key role that, thanks to the incorporation of civil society and the mass media in response to the scourge of corruption, this principle has in the promotion of criminal investigations.

**Palabras clave:** Principio de Publicidad – Delitos contra la administración – Proceso Penal – Corrupción.

**Keywords:** Principle of Publicity – Offences against the public administration – Criminal Proceedings – Corruption.

## I. INTRODUCCIÓN: EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de publicidad se desprende de una exigencia republicana, de un mandato constitucional, así como también de las obligaciones asumidas en diferentes instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional, que fueron incorporados a la Constitución Nacional en la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22)<sup>2</sup>.

Constituye así, uno de los principios distintivos de la actuación de una justicia democrática, en el marco de un Estado constitucional de derecho. Aún más, la publicidad configura el requisito más elemental y llamativo del proceso acusatorio<sup>3</sup>, se trata de un principio fundamental y estructurante del procedimiento penal<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> En este sentido expresa Abregú “(...)a partir de la reforma ha quedado establecida una nueva pirámide normativa. En su cima se encuentra la Constitución, a la que se le agregan los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que se les otorga jerarquía constitucional en el artículo citado y los que pudieran obtenerla por el mecanismo previsto en el último párrafo transcrito –lo que conforma el denominado “bloque de constitucionalidad”–; un peldaño por debajo se encuentran los demás tratados internacionales ratificados por la Argentina y, por debajo de ellos, las leyes. Con este nuevo texto, entonces, todos los tratados están por encima de las leyes, tal como lo estableció la Corte Suprema en el fallo “Ekmekdjian”, pero algunos de ellos gozan de jerarquía constitucional.” ABREGÜ, Martín, “La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción”, en ABREGÜ, Martín y COURTIS, Christian “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.p. 8.

<sup>3</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón”, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 616.

<sup>4</sup> BOVINO, Alberto, “Publicidad del juicio penal: la televisión en la sala de audiencias”, en “Problemas del Derecho Penal Contemporáneo”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 271 y ss.

Cabe recordar que ya en los orígenes del moderno Estado liberal, se tomó conciencia de la importancia de realizar las audiencias y pronunciar los fallos judiciales de cara a la ciudadanía, entendidos estos como los individuos ajenos al conflicto social, facilitando de ese modo el escrutinio público de la actuación de los tribunales.

Éste es el sentido que le otorgó Beccaria cuando expresó “Sean públicos los juicios y las pruebas de un delito, para que la opinión, que es quizá el único fundamento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones (...)”<sup>5</sup>.

## II. FUNDAMENTOS

A lo largo del tiempo, se ha recurrido a distintos fundamentos para justificar su importancia y la necesidad de la vigencia de la publicidad como principio. Esta ha encontrado diferente sustento a partir de la conjunción que se le ha dado a los diversos intereses.

En este sentido, la doctrina tradicional ha coincidido en otorgarle a este principio tres fundamentos, que poseen a su vez distintos titulares: desde el interés del acusado, constituye una garantía individual para el imputado<sup>6</sup>; desde el interés del Estado, serviría a una determinada política criminal, configurando así un medio idóneo para producir los efectos preventivo generales eventualmente atribuidos como finalidad de la pena estatal; y desde la posición de la comunidad, se vincula con una exigencia del

<sup>5</sup> BECCARIA, César, “Tratado de los Delitos y de las Penas”, Ed. Centro de Publicaciones Ministerio de Justicia y Biblioteca Nacional Ministerio de Cultura, Madrid, 1993, p. 109.

<sup>6</sup> Así, se ha entendido a este principio como una garantía del imputado, que integra el catálogo de los derechos fundamentales de una persona. En efecto, esta forma de garantía individual, se encuentra expresamente contenida en diferentes instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Entre los cuales pueden destacarse: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en sus arts. 10 y 11.1; la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre reza que toda “persona acusada de un delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública”, y en este mismo sentido la Convención Americana sobre Derechos Humanos realiza una referencia del carácter público del juicio penal, así, dispone su art. 8, nro. 5, que “*el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia*”. Por último, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contempla, por un lado, la publicidad del proceso penal, en su art. 14, nro. 1, estableciendo que toda persona tendrá derecho a ser oída “públicamente”.

sistema republicano de gobierno, el control de los actos del propio Estado, en este caso, el control sobre la administración de justicia<sup>7</sup>.

## 1. La publicidad como principio republicano de gobierno

Sin perjuicio de lo expuesto, abordaré el fundamento que resulta más relevante en relación al objeto de este trabajo. Esto es, partiré de la dimensión del interés de los miembros de la comunidad, como una derivación del principio republicano de gobierno.

Desde este punto de vista, la publicidad del proceso configura un derecho político<sup>8</sup>, en tanto opera como una herramienta que permite a la ciudadanía ejercer un control sobre los actos de gobierno, estableciendo así el sistema de controles mutuos que conforma una república<sup>9</sup>.

De esta forma se posibilita que la función política de verificar el cumplimiento de los requisitos y los presupuestos jurídicos del procedimiento por parte de quienes desempeñan la tarea de administrar justicia<sup>10</sup>, sea llevada adelante por la sociedad en su conjunto.

<sup>7</sup> Ver al respecto ANITUA, Gabriel Ignacio, “El principio de publicidad procesal penal. Un análisis con base en la historia y el derecho comparado”, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, tomo 2000/A y en HENDLER, Edmundo, *Garantías penales y procesales penales. Una perspectiva histórica comparada*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.

<sup>8</sup> Con relación a este carácter político del derecho, puede destacarse que lo mismo sucede con otra exigencia impuesta a los juicios penales en nuestra Constitución: “el juicio por jurados” (arts. 24, 75, inc. 12, y 118 de la CN). “El juicio por jurados es, una garantía del imputado y, a la vez, un derecho político de los ciudadanos que consiste en la facultad de participar en las decisiones más relevantes de la administración de justicia penal. El carácter político de este derecho ciudadano no sólo surge de la circunstancia de que existe una cláusula que establece la institución del jurado en los casos penales en la *parte orgánica de nuestra Constitución, el art. 118. Además, y principalmente, surge del significado que siempre representa la intervención de los individuos ajenos a la justicia estatal en la decisión de las causas penales.*” BOVINO, Alberto, *op. cit.*, p. 272 y ss.

<sup>9</sup> Sin perjuicio de lo cual, como bien señala Bovino “A pesar de que éste es el fundamento señalado con mayor frecuencia y considerado más importante, la persona excluida ilegítimamente de un juicio penal no tiene facultad alguna, según las reglas previstas en el *procedimiento penal vigente en el orden nacional, para impugnar la decisión del tribunal y lograr el ejercicio efectivo de su derecho republicano de controlar los actos de gobierno.*” BOVINO, Alberto, *op. cit.*, p. 267.

<sup>10</sup> Al respecto destaca Baumann: “La publicidad del proceso penal concierne al control de la justicia penal por la colectividad. Los asuntos penales son demasiado importantes como para que se los pueda tratar secretamente”. BAUMANN, Jürgen, “Derecho procesal penal”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 107



Aún más, la comunidad no solamente tendrá el derecho de controlar que los funcionarios estatales cumplan correctamente con sus deberes legales, sino también la posibilidad de operar como un grupo de presión en pos del avance de la investigación, a fin de lograr el esclarecimiento de los hechos.

Con relación a los casos de corrupción, debe mencionarse que, *Transparency International* ha entendido que: “(...)en los casos en los que los intentos genuinos por combatir la corrupción han fracasado, generalmente ha faltado un ingrediente: la participación de la sociedad civil”<sup>11</sup>.

## 2. Sustento legal

El sustento legal de esta facultad que poseen los miembros de la comunidad emana del sistema republicano de gobierno establecido en el artículo 1 de nuestra Constitución Nacional, que a su vez, es reforzado por el artículo 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que prescribe: “*El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.*”, excepción esta última bastante amplia y nebulosa<sup>12</sup>.

Por otra parte, en el ámbito del sistema universal de protección de los Derechos Humanos, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) establece como regla la exigencia de publicidad<sup>13</sup>, reconociendo el carácter excepcional de la posibilidad de excluir al público y a la prensa, con fundamento en la protección de cualquiera de los bienes taxativamente enumerados. Ello implica que, como regla, el

<sup>11</sup> Cf. el resumen ejecutivo de Transparency International del año 2000, “Libro de Consulta 2000 de TI”, p. 7, publicado en <[www.transparency.org](http://www.transparency.org)>.

<sup>12</sup> Ver O’DONELL, Daniel, “Derecho internacional de los derechos humanos”, Publicado por: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, p. 383 y ss.

<sup>13</sup> De esta forma el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente (...) en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella (...) La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses *de la justicia*”.

Estado tiene la obligación de garantizar el acceso de la prensa y del público al juicio<sup>14</sup>.

De lo expuesto, cabe observar que, mientras la CADH establece un principio general y amplio de publicidad de todo el proceso penal, el PID-CyP restringe su aplicación a la etapa del debate.

Así las cosas, si la regla es la publicidad del proceso, la excepción será la reserva, cuyas causales deberán encontrarse debidamente enumeradas y fundamentadas en las normas que dicte al respecto el poder legislativo.

Estos límites deberán ser interpretados a la luz del *principio pro homine* –principio estructural de derecho internacional de los derechos humanos– en cada caso concreto en la forma más restrictiva posible, a fin de alcanzar la interpretación que más favorezca la vigencia del derecho en cuestión.

Asimismo, es necesario recordar que la doctrina coincide en afirmar que la publicidad no es un derecho exclusivo del imputado, sino que este se proyecta a su vez frente a la sociedad en general<sup>15</sup>, configurando una norma estructurante de todo el proceso penal previsto constitucionalmente.

<sup>14</sup> Resulta de interés destacar que el órgano de aplicación de este instrumento, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, con relación a esta disposición ha interpretado en la Observación General No. 13, párrafo nro. 6, que: “La publicidad de la audiencia constituye una importante salvaguardia de los intereses del individuo y de la sociedad en general. Al mismo tiempo, el párrafo 1 del art. 14 reconoce que los tribunales tienen la facultad de excluir la totalidad o parte del público por las razones que se enumeran en dicho párrafo. Debe observarse que, con independencia de esas circunstancias excepcionales, el Comité considera que las audiencias deben estar abiertas al público en general, incluidos los miembros de la prensa, sin estar limitadas, por ejemplo, a una determinada categoría de personas. Debe observarse que, aun en los casos en que el público quede excluido del proceso, la sentencia, con algunas excepciones estrictamente definidas, debe hacerse pública.”

<sup>15</sup> En este mismo sentido se ha expresado Cafferata Nores, quien ha dicho que, “(...) la exigencia de publicidad de los actos de gobierno, propio del sistema republicano, hoy tiene expresa vigencia gracias a la normativa supranacional incorporada al nuevo sistema constitucional (v. gr., art. 14.1, PIDCP: “ser oído públicamente”; DADDH, art. 26: “ser oído en forma... pública”). Ella permite el control popular sobre la administración de justicia, neutraliza posibles arbitrariedades judiciales y es una coraza para los jueces frente a eventuales presiones de los otros poderes del Estado, o de grupos políticos o sociales, contribuyendo así a la transparencia de la administración de justicia y a la confianza en el Poder Judicial.” CAFFERATA NORES, José I., “Proceso Penal Y Derechos Humanos: La Influencia De La Normativa Supranacional Sobre Derechos Humanos De Nivel Constitucional En El Proceso Penal Argentino”, Ed. Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2000, p 150 y ss.

En lo que respecta al plano internacional, se ha establecido un sistema de promoción de la participación de la sociedad civil en la lucha contra la corrupción, que ha sido erigida en uno de los principios rectores de los instrumentos internacionales que regulan esta materia. Entre los cuales, más allá de los instrumentos reseñados anteriormente, pueden destacarse: la Convención Interamericana contra la Corrupción (en adelante, CICC)<sup>16</sup> y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante, CNUCC)<sup>17</sup>.

Así, la CICC articula diferentes preceptos a fin de estimular y fortalecer la participación ciudadana en la lucha contra la corrupción, a partir del acceso a la información y la transparencia de los procesos penales. En este sentido, puede destacarse el Preámbulo de dicha Convención, que señala la “(...)importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema, así como de *la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción (...)*”.

Mientras que la CNUCC, por su parte, reconoce en su Preámbulo “(...) los principios fundamentales del debido proceso en los procesos penales”, entre los que se encuentra el principio de publicidad. A lo que agrega, en este sentido, en su art. 13.1 la obligación de cada Estado parte de adoptar “(...) *medidas adecuadas (...) para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa.*” Así, la convención recomienda una serie de medidas, entre las que se encuentran las siguientes “(...) *b) garantizar el acceso eficaz del público a la información; (...) d) respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción (...)*”.

De todo lo expuesto, se observa que los Estados de la región han configurado un marco de declaraciones que reconocen la relación existente entre el respeto a los derechos humanos, la democracia y una sociedad libre de corrupción.

<sup>16</sup> Aprobada por la Ley n° 24.759, publicada en el Boletín Oficial el 17/01/1997.

<sup>17</sup> Aprobada por la Ley n° 26.097, publicada en el Boletín Oficial el 09/06/2006.

### III. LA PUBLICIDAD COMO FORMA DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La corrupción es un fenómeno que afecta directa o indirectamente a la comunidad en su conjunto, dado que, en la generalidad de los casos, conllevará un efecto de desfinanciamiento del Estado, que se traducirá en la imposibilidad de utilizar fondos del erario público en las políticas necesarias para el desarrollo de la comunidad.

Estos actos no sólo comprometerán la legitimidad de las instituciones, sino que, a su vez, traerán aparejados la negación del goce de los derechos económicos, sociales y culturales, que el Estado está obligado a brindar en pos de la efectivización de los derechos reconocidos internacionalmente<sup>18</sup>.

Frente a esta situación, el principio de publicidad desempeña un papel crucial en la lucha contra la corrupción, en virtud de que éste permite vigilar y evaluar lo que está sucediendo en la administración de justicia. Así, debe señalarse que la transparencia en todos y cada uno de los aspectos de la función pública es, por mucho, la medida más importante para combatir la corrupción, particularmente cuando se la combina con una sociedad civil organizada y atenta<sup>19</sup>.

En efecto, la participación de la sociedad contrarrestará las tendencias de juzgamiento que los magistrados puedan afrontar inconscientemente —o no— a instancias de buscar la reconstrucción de la verdad judicial. Ello, en tanto que investigaciones empíricas han puesto en evidencia la diferente actitud emotiva y valorativa que presentan los jueces frente a quienes pertenecen a diversas clases sociales<sup>20</sup>. Esto es, se han evidenciado las condiciones particularmente desfavorables en que se halla, durante el proceso, el imputado proveniente de grupos marginados, frente a los imputados provenientes de estratos superiores de la sociedad<sup>21</sup>. Estrato este último que, en la generalidad de los casos, ocupan las personas que se encuentran acusadas por hechos de corrupción<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Cf. obligaciones asumidas por la república en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

<sup>19</sup> Ver “Acción mundial contra la corrupción”, Grupo nro.2: La función de la sociedad civil y los medios de comunicación en la creación de una cultura contra la corrupción, Los documentos de Mérida, Naciones Unidas, Viena, 2005.

<sup>20</sup> Cf. BARATTA, Alessandro, “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico penal.”, 1º ed. 1º reimp, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, p. 186 y ss.

<sup>21</sup> Cf. BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, p. 186 y ss.

<sup>22</sup> Al respecto señala BARATTA que “(...)según la pertenencia social de los imputados y relativas tanto a la apreciación del elemento subjetivo del delito (dolo, culpa), como al

En este sentido, puede afirmarse, en general, que hay una tendencia por parte de los jueces a esperar un comportamiento conforme a la ley de los individuos pertenecientes a los estratos medios y superiores; lo inverso acontece respecto de los individuos provenientes de los estratos inferiores<sup>23</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de los beneficios que puede generar la publicidad del proceso penal, es necesario destacar que, al momento de efectivizar este principio en el marco de la instrucción, se producirán, al menos, dos niveles de tensión: por un lado, con el normal desarrollo de la investigación, y, por el otro, con los derechos y garantías constitucionales que amparan al funcionario público investigado por un delito contra la administración pública.

A su vez, un dato no menor es que el Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) en su artículo 204, *in fine*, prevé en su último párrafo que: “*El sumario será siempre secreto para los extraños*”, siendo, por el contrario, público para las partes y sus defensores.

Por ello, a seguidamente trataré de profundizar los puntos reseñados con el objeto de hallar una posible solución a la cuestión problemática.

## 1. Publicidad vs. el normal desarrollo de la investigación

Con relación al normal desarrollo de la investigación –como su posible éxito–, es necesario realizar determinadas aclaraciones. En primer lugar, debe tenerse en consideración que en la gran mayoría de los casos, –conforme señaláramos– la instrucción es la etapa procesal en la que se decide el conflicto social que tiene por objeto el proceso penal<sup>24</sup>.

En consecuencia, lo que aquí se quiere destacar es que la instrucción constituye una etapa decisiva –no preparatoria– en el proceso penal<sup>25</sup>, dado que ha dejado de lado su carácter de mera etapa instructora, para configurar, conforme expresa Roxin, la parte esencial del proceso penal<sup>26</sup>.

---

carácter sintomático del delito frente a la personalidad (*prognosis sobre la conducta futura del imputado*) y, por tanto, a la individualización y a la conmensuración de la pena desde estos puntos de vista. La distribución de las definiciones de criminal se resiente, por ello, de modo particular como efecto de la diferenciación social.” BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, p. 186.

<sup>23</sup> BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, p. 187

<sup>24</sup> ABREGÚ, Martín, *op. cit.*

<sup>25</sup> ABREGÚ, Martín, *op. cit.*

<sup>26</sup> ROXIN, Claus, “Derecho procesal penal”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 326.

En un sentido coincidente, la jurisprudencia de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, ha ratificado en un todo la vigencia de la normativa supranacional durante el transcurso de la investigación, a partir de la constatación de la necesidad de proteger con mayor énfasis las garantías del debido proceso en el desarrollo de la investigación penal<sup>27</sup>.

Es por ello que, en función de la relevancia que esa etapa del proceso penal ha adquirido en la práctica, es imperioso revisar su caracterización asegurando el respeto del debido proceso. De lo expuesto se derivará, la obligación de efectivizar el principio de publicidad también en esta etapa del proceso penal.

En este contexto, resulta un dato por demás relevante que la tendencia de ambas salas de la Cámara Federal de la Capital Federal, en los últimos tiempos ha favorecido la participación ciudadana reivindicado la labor de organizaciones civiles. Así, se ha afirmado que “(...) *el auxilio de la ciudadanía y su compromiso en relación a la labor jurisdiccional no ha de ser desalentado y, por el contrario, debe ser festejado y promovido*(...)”<sup>28</sup>.

En efecto, se resolvió que un tercero ajeno al proceso tuviera acceso a aquellos actos que, en principio, poseen carácter público, siendo esta una facultad que presenta especial relevancia en los casos en donde se encuentran imputados funcionarios públicos por la comisión de conductas ilícitas que ocurren en el ámbito de su labor.

Sin embargo, si bien los magistrados de la Sala II de la Cámara Federal entendieron que, en estos casos, *la regla debe ser la publicidad*, expresaron que deberán quedar “(...) *secretas las partes de la investigación que comprendan aquellos datos que, según la prudente apreciación del juez, no deban ser divulgados* (...)”<sup>29</sup> (sic). Por estos motivos, será el “(...) juez a cargo de la investigación a quien, *dentro de su discrecionalidad como*

<sup>27</sup> CAFFERATA NORES, José I., op. cit., p. 134.

<sup>28</sup> Cf. Sala I, CNCCF: causa nro. 41.673 del registro 1.399, resuelta el 18/11/08 y de la misma Sala, causa nro. 41.673 del registro 1.121, resuelta el 25/09/08 y Sala II CNCCF: causa N° 27.177 del registro 29.038. En igual sentido, causa N° 26.445 del registro 28.396; causa N° 26.461 del registro 28.306; causa N° 26.469 del registro 28.291; causa N° 26.612 del registro 28.422; causa N° 26.640 del registro 28.678; causa N° 26.708 del registro 28.843; causa N° 26.713 del registro 28.553; causa N° 26.789 del registro 28.699; causa N° 26.882 del registro 28991; causa N° 27.855 del registro 29.830; causa N° 27.487 del registro 29486.

<sup>29</sup> Cf. Sala II, CNCCF, causa N° 26.469 del registro 28.291, resuelta el 11/04/2008.

**director del proceso**, corresponda discernir cuáles son los aspectos que por relacionarse con el interés público deban darse a conocer y la forma en que se cumple con dicho cometido<sup>30</sup> (sic).

Como puede observarse, mas allá de resultar alentadoras las resoluciones adoptadas, no puede dejar de señalarse que esto último resulta incompatible con el Art. 1 de la Constitución Nacional, como así también con el art. 8.5, de la CADH. Esto, en función de que cualquier restricción que se quiera establecer a la vigencia del principio de publicidad debe ser –sin excepción– realizada por el legislador mediante una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común<sup>31</sup>.

Aún más restrictiva fue la Sala I de la Cámara Federal, al supeditar la posibilidad de acceder a las actuaciones a la condición de que el Ministerio Público Fiscal –atento a su función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (Art. 120 de la Constitución Nacional)- y el imputado evalúen la petición, cuya consecuencia directa acarreará la imposibilidad de poder acceder al expediente<sup>32</sup>.

Por ello, se trata, entonces, de que cualquier restricción que se establezca a la publicidad del proceso penal, a fin de garantizar el éxito de la investigación, siempre deba ser tipificada legalmente<sup>33</sup>, y no, por el contrario,

<sup>30</sup> Cf. Sala II, CNCCF, causa N° 26.469 del registro 28.291, resuelta el 11/04/2008.

<sup>31</sup> Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derecho Humanos en su Opinión Consultiva nro. 6-86, cuando resolvió “(...)que la palabra leyes en el art. 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.”

<sup>32</sup> Para resolver de esta forma entendió que “En el proceso penal la participación ciudadana debe articularse con los presupuestos que garantizan desde ambos polos –ciudadanía e imputado– el debido proceso (art. 18 CN). Si algo falla en la persecución verbigracia: los procesos se dilatan más de la cuenta, la etapa de instrucción es desnaturalizada, quienes deben acusar no lo hacen con la solvencia esperada, etcétera – no puede tolerarse que el paliativo se traduzca en una mengua de los límites constitucionales impuestos a la persecución penal. En todo caso, los esfuerzos deben concentrarse en evitar tales disfuncionalidades o incluso, llegado el caso, promover una reforma procesal, mas no convertir el actual sistema en el peor de los escenarios posibles para el imputado: aquel donde la condena producto de un debido proceso sea reemplazada por el proceso entendido como sanción informal o ‘pena de banquillo’”. Cf. Sala I, CNCCF: causa nro. 41.673 del registro 1.121, resuelta el 25/09/08.

<sup>33</sup> Así, se ha entendido que “Los países donde la corrupción prospera también tienen poderes judiciales débiles y corruptos. Los Estados que desean combatir seriamente

dejar librado al arbitrio judicial, cuya actuación pretendemos controlar, el carácter “*secreto*” de las actuaciones<sup>34</sup>.

Por otra parte, como ya se ha visto, son diversos los instrumentos internacionales que desarrollan la idea de que la participación de la sociedad civil en causas de esta naturaleza, no sólo no entorpece la investigación, sino que, por el contrario, deviene en claros beneficios; pues será la propia sociedad, en muchos casos, la que impulse la investigación a fin de alcanzar el esclarecimiento de los hechos.

La sociedad civil, en la generalidad de los casos, actuará como grupo de presión alentando el desarrollo de la investigación. No es ninguna novedad afirmar que, en la actualidad, las sentencias condenatorias dictadas en causas criminales por actos de corrupción son exiguas, la etapa de investigación de estas causas es extensa y su avance lento<sup>35</sup>, por lo que, cuando extraordinariamente ésta progresa, es amenazada por los plazos de prescripción.

Frente a esta situación, la propuesta es buscar un equilibrio entre este principio y el normal desarrollo del proceso. Esto significará un respeto mínimo por el principio de publicidad, más allá de las restricciones que puedan llegar a constituirse.

Así podría establecerse que este piso mínimo estaría configurado por la publicidad de los autos de procesamiento, de prisión preventiva, de

---

la corrupción deben iniciar urgentemente reformas judiciales y asegurar que el sistema de justicia penal funcione adecuadamente.” Cf. “Acción mundial contra la corrupción”, Grupo nro.2: La función de la sociedad civil y los medios de comunicación en la creación de una cultura contra la corrupción, Los documentos de Mérida, Naciones Unidas, Viena, 2005, p. 66 ONU

<sup>34</sup> En este sentido, se ha señalado con absoluta razón: “Uno de los enemigos más solapados de los principios del Estado de Derecho, en la práctica judicial, está representado por una serie de espacios de decisión que suelen ser llenados con la llamada discrecionalidad de los Jueces, término que intenta describir un ámbito en el que reina un conjunto de poderes y facultades no sometidas a regulación, y por lo tanto sometidas exclusivamente al criterio del juez; en ese ámbito no hay reglas que contribuyan a orientar ese criterio, salvo cierta remisión, a veces, a los usos y costumbres de la función”. VIRGOLINI, Julio, y SILVESTRONI, Mariano, “Unas sentencias discretas. Sobre la discrecionalidad judicial y el Estado de Derecho.”, “Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales-I”, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, setiembre de 2001, p. 281/309.

<sup>35</sup> Ver en este sentido el informe: “La parálisis de la Justicia Frente a los Casos de Corrupción” elaborado por la ONG Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) en febrero 2008.



sobreseimiento, y del auto que declare extinguida la acción penal, como así también, una vez realizadas las medidas que de ella se deriven, la declaración indagatoria del imputado.

Por otra parte, no encuentro ningún impedimento para que puedan darse a publicidad los incidentes formados a partir de nulidades planteadas por la defensa. Esta última propuesta no es menor, en atención a que este tipo de delitos presentan una gran complejidad, sumado al hecho que en nuestro código sobreviven normas procesales que configuran dificultades a la hora de investigar; estas ventajas son hábilmente utilizadas por muchos defensores como forma de prolongar el proceso y dar lugar a la prescripción.

En este sentido, no puede dejar de señalarse que la tendencia actual en otras legislaciones propugna un cambio hacia un sistema acusatorio<sup>36</sup>, abandonando la organización burocrática de tipo inquisitiva, propia de nuestro ordenamiento. A tales fines, se ha desarrollado –en determinados ordenamientos procesales– un sistema oral y público para la toma de decisiones previas al juicio, que ha demostrado una potencialidad humanizadora del proceso de enjuiciamiento criminal<sup>37</sup>.

En la actualidad, el progreso tecnológico<sup>38</sup>, junto con los medios masivos de comunicación, constituye una herramienta esencial para el desarrollo del principio estudiado.

Así las cosas, a efectos de combatir seriamente la corrupción, debe necesariamente iniciarse una reforma judicial, y asegurar que el sistema de

<sup>36</sup> El proceso de cambio no es aislado, sino que se extiende en Argentina en provincias como Chubut, y en otros países latinoamericanos como Chile, Guatemala, Costa Rica, Ecuador.

<sup>37</sup> Así, “(...)las audiencias orales ante los jueces de garantías han dado un paso importante hacia la eliminación del expediente del proceso penal. Decisiones como una prisión preventiva o una nulidad ya no tienen como fuente al expediente, sino a los argumentos contradictorios de los abogados frente al juez y, muy especialmente, frente a la persona bajo proceso. De esta manera, fiscales, defensores y jueces ya no son más los constructores de un expediente común, el objeto central de preocupación burocrática. Los dos primeros son adversarios en audiencias orales y públicas, un ámbito de contradicción que mejora enormemente la calidad de la información con la que el juez toma sus decisiones, pudiendo corroborar la credibilidad de las afirmaciones al estar todas las partes presentes.” HAZAN, Luciano A., “La introducción de audiencias preliminares como variable para la humanización del proceso penal” publicado en *La Cultura Penal, Homenaje al Prof. Edmundo S. Hendler*, AAVV, Ed. Del Puerto, 2009, p. 377.

<sup>38</sup> Desde este punto de vista, debe destacarse al Centro de Información Judicial (<[www.cij.com.ar](http://www.cij.com.ar)>), como una vía para cumplir con el objetivo de la publicidad.

justicia penal funcione adecuadamente. Si bien la publicidad no eliminará la corrupción, la transparencia del proceso penal sin duda le cerrará muchas puertas<sup>39</sup>.

## 2. Publicidad vs. el funcionario público acusado

Desde la perspectiva del funcionario acusado, podría alegarse contra la publicidad del proceso penal, que ésta sería plausible de acarrear una influencia negativa, al originar una excesiva y parcializada difusión de las instancias previas del proceso, atentando así —entre otras— contra la garantía de inocencia de la que goza el acusado.

Así, se ha entendido, con base en esa garantía que existe el derecho de todo imputado en una causa penal en la que no ha recaído sentencia condenatoria, a que se respete la privacidad y el resguardo de su buen nombre y honor<sup>40</sup>.

Sin embargo, si la publicidad es una garantía constitucional del imputado, y, a su vez, derecho político de participación ciudadana, configurando así un principio de carácter complejo, la pregunta a responder será: qué interés deberá priorizarse al momento de operarse un conflicto entre ambos, en el marco de una investigación sobre la comisión de un posible hecho de corrupción.

En primer lugar, debe recordarse que la asunción de un cargo público, además de aparejar ciertos beneficios, genera ciertas cargas, obligaciones y restricciones que el funcionario acepta voluntariamente<sup>41</sup>. Por estos motivos, en algunos supuestos, sus derechos merecen una protección más atenuada que en los supuestos en los que la persona que ve afectado su derecho es un particular<sup>42</sup>.

Esto último en la medida en que “(...)un individuo que decide buscar un cargo en el gobierno debe aceptar ciertas consecuencias necesarias que surgen de involucrarse en los asuntos públicos. Corre el riesgo de un escrutinio público más estricto de lo que ocurriría en otro caso(...)”<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Cf. Ver “Acción mundial contra la corrupción”, Grupo nro.2: La función de la sociedad civil y los medios de comunicación en la creación de una cultura contra la corrupción, Los documentos de Mérida, Naciones Unidas, Viena, 2005, p. 68 y ss.

<sup>40</sup> Cf. Sala I, CNCP, causa N° 12.549 del registro 15.601, resuelta el 30/03/2010.

<sup>41</sup> A modo de ejemplo puede destacarse la obligación de confeccionar anualmente declaraciones juradas patrimoniales integrales.

<sup>42</sup> Cf. Fallos de la CSJN: 310:508; 316:2416; 319:3428, entre otros.

<sup>43</sup> Cf. Fallo “Gertz v. Robert Welch, Inc.” de la Corte de los Estados Unidos de Norteamérica en el año 1974, citado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso

De allí no se colige que no tenga derechos, sino que éstos merecen una protección más limitada que la que tienen los simples particulares. Por ello, debe concluirse que de ninguna manera éstos ven mermadas sus garantías por el hecho de que determinadas actuaciones que forman parte del proceso seguido en su contra –luego de las restricciones que se establezcan por ley a fin de asegurar el normal desarrollo de la investigación- adquieran publicidad con el objeto de que la comunidad controle la actuación de la administración de justicia.

En este sentido, la Corte Interamericana ha entendido que “(...)en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza(...)”<sup>44</sup>

A lo que ese tribunal agrega: “El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. (...) En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas.”<sup>45</sup>

En efecto, en un precedente reciente de la Cámara Nacional de Casación Penal se afirmó que el funcionario investigado no puede alegar que el

---

“Costa”, Fallos 310:508 de 1987 y en “Ramos, Juan José”, Fallos 319:3428, resuelto el 27/12/88, citados por BRUZZONE, Gustavo y GULLCO, Hernán, “Acerca de la controvertida adecuación constitucional del tipo del enriquecimiento ilícito de funcionario público, publicado en *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*”, editorial AD-Hoc, BA, 2005, p. 29 y ss., quienes a su vez señalan que “(...) existen numerosas decisiones, en el derecho comparado, de tribunales españoles y alemanes que han re-  
 ceptado un principio similar al del citado precedente norteamericano (ver, respectivamente, los casos; sentencia 107/1988, publicada en “Jurisprudencia Constitucional”, Tomo XXI, pág. 223 y “Böll”, BverfGE 54208, transcrita en “The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany”, de Donald P. Kommers, Duke University Press, 1997, pág. 420)”.

<sup>44</sup> Cf. Corte IDH, “Kimel vs. Argentina”; Sentencia del 2 de mayo de 2008; Serie C, Nº 177.

<sup>45</sup> Cf. Corte IDH, “Kimel vs. Argentina”; Sentencia del 2 de mayo de 2008; Serie C, Nº 177.

acceso al sumario debe estar prohibido para proteger su intimidad; esto es por cuanto no sólo se trata de investigar a un funcionario público, sino que también existe una necesidad de dar a publicidad a los actos de gobierno, cuestión que a su vez está vinculada al régimen del derecho al acceso a la información -derecho humano integrante del derecho a la libertad de pensamiento y expresión-<sup>46</sup>.

Más aún, la Corte Suprema ha resuelto que “(...) *la tensión entre los distintos derechos en juego –el de buscar, dar, recibir y difundir información u opiniones y el derecho al honor, a la dignidad y a la intimidad de las personas– debe resolverse en el sentido de asignar un mayor sacrificio a quienes tienen en sus manos el manejo de la cosa pública(...)*”<sup>47</sup>.

Ahora bien, para el caso en que dicho conflicto realmente se presente, no pueden dejar de atenderse el poder que el funcionario investigado podría ostentar –poder político u económico–; incluso podría ser este el dueño de medios de comunicación.

Por último, como se desprende, no concibo que esta sea propiamente una desigualdad, en función de que todos aquellos que ejerzan la función pública, sin excepción, portarán el escrutinio público de su desempeño en la función pública, derivado de su calidad de administradores, representantes y/o gestores de la cosa pública<sup>48</sup>. Es decir, estamos en presencia de una preceptiva de carácter general que de ninguna manera vulnera basamento constitucional alguno.

Finalmente, no puede dejar de señalarse que, más allá de la extensión que quiera dársele al principio objeto de estudio, lo que aquí se busca es establecer la regla de la publicidad para todas las etapas procesales, en las actuaciones que investiguen la comisión de ilícitos cometido por funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones y en las cuales pueda existir un perjuicio para la administración pública<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Ver al respecto en pronunciamiento de la Sala I, CNCP, causa N° 12.549 del registro 15.601, resuelto el 30/03/2010, que cita el caso “Claude Reyes Vs. Chile”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 19/06/2006.

<sup>47</sup> Cf. Fallo de la CSJN: 321:4136.

<sup>48</sup> Cf. Sala II, CNCCF, “*Paredes, Leopoldo E.*”, resuelto el 22/08/2003.

<sup>49</sup> De otro lado, se encuentra pendiente el debate si en atención a lo prescripto en el art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la publicidad debería regir en todas las investigaciones penales, y no solo circunscribir su aplicación en aquellas que puedan implicar un perjuicio para la administración pública.

### 3. Código Procesal Penal de la Nación vs. la normativa internacional

Según señalara precedentemente, nuestro ordenamiento procesal establece en su art. 204 que: “*El sumario será siempre secreto para los extraños*”, siendo por el contrario público para las partes y sus defensores, salvo que se decrete el secreto de sumario, que no podrá durar más de diez días<sup>50</sup>.

Así las cosas, la norma impide cualquier tipo de conocimiento por parte de terceros que no son parte en el proceso judicial.

En esta línea, el art. 63 del Reglamento para la Justicia Nacional establece que “*Podrán revisar los expedientes: a) Las partes, sus abogados, apoderados, representantes legales, y los peritos designados en el juicio. También podrán hacerlo las personas autorizadas debidamente por los abogados y procuradores y por los representantes de la Nación, de las provincias, de las municipalidades y de las reparticiones autárquicas; b) Cualquier abogado, escribano o procurador, aunque no intervenga en el juicio, siempre que justifique su calidad de tal cuando no fuese conocida; c) Los periodistas, con motivo del fallo definitivo de la causa*”.

Sin embargo, la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>51</sup> —conforme reseñara con anterioridad—, prescribe que “*El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia*.”. En igual sentido, se proyectan los instrumentos internacionales en materia de corrupción, es decir, la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Situación esta última que pone de manifiesto una colisión con la normativa interna.

Por ello, solo puede concluirse que el art. 204 del CPPN debe necesariamente ser reinterpretado a la luz de la normativa internacional; y comenzar a pensar que, tal vez, en materia de delitos contra la administración, la afirmación de que la actividad desarrollada durante la instrucción posee carácter secreto para aquellos que son ajenos al proceso, debería ser tachada de inconstitucional.

De manera acertada se ha expresado que: “El sistema penal de una sociedad determinada no constituye un fenómeno aislado sujeto solamente

<sup>50</sup> Como correlato el art. 131 del CPPN prevé que “El tribunal ordenará la expedición de copias e informes, siempre que fueren solicitados por una autoridad pública o por particulares que acrediten legítimo interés en obtenerlos”.

<sup>51</sup> Norma que obtuvo jerarquía constitucional con posterioridad a la sanción del Código Procesal Penal.

a sus regulaciones normativas, sino que es parte integral de la totalidad del sistema social con el que comparte sus aspiraciones y defectos<sup>52</sup>”.

Al respecto, debe recordarse que, en el ámbito nacional, se puso en vigencia un código que nace viejo, pues es tomado del CPP Italiano –de 1913 y 1930–, momento en el cual estos problemas todavía no eran debatidos. Aún más, las ideas vinculadas al acceso a la información judicial han evolucionado y, en consecuencia se puede afirmar que el Código Procesal Penal vigente ha quedado a todas luces atrasado.

Considerando que es insignificante el número de causas que llegan a la etapa del juicio oral y público, ningún sentido tendría que con dicha etapa se cumplimentara el requisito de publicidad de los actos de la administración. Es decir, en nuestro modelo de enjuiciamiento, la facultad de poder controlar la etapa de juicio significa, en la práctica, no controlar nada. Ello es así por cuanto, en su mayoría, los casos se deciden en la exorbitante etapa de instrucción “preparatoria”. De allí la importancia de que el control ciudadano se desarrolle también en la etapa de investigación, fundamentalmente en casos tales como los de corrupción, donde es el propio Estado quien debe perseguirse a sí mismo.

De este último, se deduce la necesidad de que todas aquellas decisiones que adoptan quienes ocupan cargos públicos en todos sus niveles –también en el Poder Judicial<sup>53</sup>–, se expongan al control ciudadano mediante el principio de publicidad, sin necesidad alguna de acreditar intereses especiales o motivos cuando se solicita la información. Ello, por cuanto no sólo se tratará de que se investigue a un funcionario público por la posible comisión de un hecho ilícito en el marco de sus funciones y en perjuicio de la administración pública, sino que también primará la necesidad de dar publicidad a los actos de gobierno<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto, “Pena y estructura social”, Temis, Bogotá, 1984, p. 254.

<sup>53</sup> En este sentido, La Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información (<http://www.oas.org>), establece en su artículo 3 que “La presente Ley se aplica a toda autoridad pública perteneciente a todas las ramas del gobierno (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y en todos los niveles de la estructura gubernamental interna (central o federal, regional, provincial o municipal)...”. Es decir, se extiende el derecho de acceso a la información a todos los órganos públicos en todos los niveles de gobierno, incluyendo al poder judicial.

<sup>54</sup> En palabras de la Corte Interamericana: “(...)en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema

En esta línea, la acordada Nro. 17/06 de la CSJN ha dispuesto la creación de un Centro de Información Judicial, que tiene entre sus objetivos “(...) *promover la difusión de las decisiones judiciales con el objeto de permitir a la comunidad una comprensión más acabada del quehacer judicial*”<sup>55</sup>.

Por los motivos expuestos, entiendo deberá analizarse la normativa interna a la luz de los instrumentos internacionales, teniendo como objetivo evitar que se impongan la rutina o las organizaciones burocráticas judiciales, conforme a las cuales todo lo que se viene realizando se encuentra justificado por la mera repetición de las prácticas habituales.

Finalmente, no debe olvidarse que la transparencia del proceso penal podrá implicar un beneficio no sólo para la comunidad en su búsqueda de justicia, sino también para el propio acusado, pues un proceso que se realiza a los ojos de todos posee mayor nivel de imparcialidad<sup>56</sup>.

#### IV. CONCLUSIÓN

El presente trabajo ha intentado introducir en el debate la importancia del principio de publicidad en el proceso penal, puntualmente en lo que respecta a las causas en donde se investigan hechos de corrupción, en función de la importancia que las mismas poseen a la hora de lograr un mejor funcionamiento y mayor transparencia de las instituciones públicas, en el Estado de derecho.

Así, se ha pretendido, partiendo del fundamento expuesto, resolver las diferentes tensiones que, a partir de este principio, se generan, esbozando algunas ideas que podrían estar incluidas en esa eventual reformulación del principio en cuestión. Es decir, la propuesta se ha inscripto en el marco de una visión acerca del proceso penal, como institución que debe configurarse necesariamente como un espacio de justicia participativa<sup>57</sup>.

---

*restringido de excepciones (...) Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción.” Cf., Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Claude Reyes Vs. Chile”, sentencia del 19/06/2006, ver considerando 92.*

<sup>55</sup> Ver al respecto considerando 4to. de la acordada 17/06 CSJN.

<sup>56</sup> GARCÍA, Luis, “Juicio oral y medios de prensa”, 1995, Ed. Ad-Hoc, pp. 17 y 22.

<sup>57</sup> En este sentido, HENDLER, Edmundo S. y CAVALLERO, Ricardo, “Justicia y participación. Juicio por jurados en materia penal”, Universidad, Buenos Aires, 1988.

Por ello, considero que es necesario avanzar hacia una redefinición del principio de publicidad, que implique su articulación también con la investigación penal. Lo que se quiere destacar, entonces, es que no solamente deben establecerse las excepciones a la publicidad del proceso penal, sino que a su vez deben estipularse medidas concretas a fin de efectivizar su cumplimiento.

Así las cosas, la inacción del legislador no puede justificar la vulneración del derecho, sin posibilidad de intervención por parte de las autoridades judiciales que tienen a su cargo la responsabilidad por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno, vigilar el respeto a la Constitución y garantizar, en última instancia, los derechos de las personas.

En efecto, debe ser una política de estado alentar la participación de la sociedad civil, de las organizaciones no gubernamentales y de los medios de comunicación, sin necesidad de acreditar –en principio– un interés directo o afectación personal a efectos de solicitar la información, en virtud de la importancia que éstas revisten a la hora de combatir y prevenir la corrupción.

La sociedad civil necesita acceso a la información, para llamar a cuentas al gobierno. Es esencial que la ciudadanía se organice, a efectos de aumentar su capacidad de exigir el acceso a la información gubernamental y vigilar las funciones públicas. A este objetivo, debe sumarse una prensa libre e independiente, cuya acción aumentará la toma de conciencia por la comunidad de los efectos perjudiciales de la corrupción.

En este contexto, no podemos dejar de prescindir del principio de publicidad en proceso penal en los casos de corrupción, cuya utilidad para el sistema democrático en el combate contra el flagelo de la corrupción sobrepasa los límites del presente trabajo.



## JUICIO POR JURADOS: LA CONTRIBUCIÓN DEL PODER JUDICIAL AL DEBATE DEMOCRÁTICO

FEDERICO HUGO PRIETO\*

**Resumen:** El presente trabajo aborda el juicio por jurados, tratado desde una perspectiva de la teoría de la democracia deliberativa. Comienza con un breve análisis de las teorías interpretativas, luego analiza cierta jurisprudencia para llegar a una conclusión novedosa.

**Abstract:** In this work, trial by jury will be discussed from the deliberative democracy theory viewpoint, analyzing interpretation theories and case law in the first place, to finally come up with an original conclusion.

**Palabras Clave:** Interpretación constitucional – Omisión inconstitucional- Jurados- Democracia deliberativa – Desuetudo – Jurado clásico – Jurado escabinado- Activismo judicial.

**Keywords:** Constitutional interpretation- unconstitutional omission – jurors – deliberative democracy – rule disuse – Classic jury – Mixed jury – Judicial ctivism.

### I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo trataré la temática del juicio por jurados desde una posición que tal vez no haya sido explorada aún. Sostendré que el accionar del poder judicial no ha contribuido al debate deliberativo democrático en cuanto a la institución que nos ocupa. Antes bien, mediante sus sentencias ha evadido y, consecuentemente, obstruido el debate deliberativo democrático.

Para ello demostraré que la interpretación constitucional reclama el juicio por jurados (o por lo menos su debate).

\* Abogado (UBA). Para comentarios al autor [fhprieto@gmail.com](mailto:fhprieto@gmail.com).

Luego demostraré que acudir a la declaración de omisión (inconstitucional) del Poder Legislativo no resuelve ningún problema. Entonces, finalmente, expondré cuál debería ser la solución, siempre desde una perspectiva de la teoría de la democracia.

## II. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. (TEXTUALISMO-INTERPRETACIÓN LIBRE-ORIGINALISMO)

La Constitución es una norma, que por su vaguedad y ambigüedad, es decir, por la textura abierta del lenguaje<sup>1</sup> es constantemente interpretada y reinterpretada. Muestra de ello son las dispares sentencias dictadas por nuestro máximo tribunal. Para ejemplificar citaremos casos no tan lejanos: “San Luis” vs. “Bustos”, sobre pesificación; “Rodríguez vs. “Verrocchi” sobre decretos de necesidad y urgencia. Al margen de los móviles políticos de fondo y las diferentes composiciones de la CSJN como las presiones que hubieran recibido los jueces, tenemos que, aplicando una misma norma la CSJN llegó a soluciones diametralmente distintas<sup>2</sup>. Por ello considero interesante en este punto preguntarme ¿dónde está el derecho? ¿es tan dúctil el derecho? ¿existe el derecho?<sup>3</sup> Porque si en un caso X la solución es “b” y en otro caso, muy parecido a X la solución es “v”, pareciera que los jueces han hecho una interpretación –en alguno de los casos– por lo menos sospechosa.

Es que en nuestro país al igual que en los Estados Unidos, los jueces son los últimos interpretes del texto constitucional, y a su vez, conforman la rama menos (o no) democrática del poder; dándose la “paradoja de que la última autoridad, respecto de las cuestiones más importantes que [la comunidad democrática] debe enfrentar, no reside en el pueblo mismo (ni en sus delegados directos) sino en un grupo de funcionarios que (habitualmente) ni son electos por el pueblo ni se encuentran sujetos a un directo control popular”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Cf. CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre el derecho y el lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, pp. 27 y ss.

<sup>2</sup> O “construcciones jurídicas más o menos ingeniosas” en el decir del profesor Santiago. SANTIAGO, Alfonso, *La corte suprema y el control político*, Ábaco, 1999, p. 259. A lo que replico, ¿son jurídicas las soluciones?

<sup>3</sup> Cuestiones que como futuros abogados debieran preocuparnos.

<sup>4</sup> GARGARELLA, Roberto, “Interpretación del derecho”, AA.VV, *Derecho Constitucional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, pp. 649-650.

Al margen de los problemas que esto suscita, debido a que se trata de “un cuerpo que no es electo, ni es políticamente responsable de otra manera significativa”<sup>5</sup>, aceptamos que la última palabra en materia interpretativa la tienen los jueces, más específicamente el máximo tribunal.

Ahora bien, al momento de interpretar nos podemos encontrar con casos relativamente fáciles y relativamente difíciles<sup>6</sup>. Pues nadie dudaría de que si a una de nuestras provincias se le ocurriera instalar un gobierno monárquico ello iría francamente en contra del artículo 5 de la Constitución y sería intervenida federalmente por no garantizar la forma republicana de gobierno; o que si una ley es modificada por la cámara revisora y no vuelve a la cámara de origen y es promulgada por el Presidente ella no será una ley, por violar el procedimiento para la formación y sanción de las leyes<sup>7</sup>. Pero creo que sí dudaríamos acerca de si la Constitución permite o no el aborto con fundamento en el art. 19; o si esta permitido o no el uso de

<sup>5</sup> ELY, John H, *Democracia y desconfianza*, Siglo del hombre editores, Bogotá, 1997, traducido del inglés “Democracy and distrust” por Magdalena Holguín, p. 2.

<sup>6</sup> La expresión de casos difíciles corresponde a HART. También el profesor DWORKIN los ha trabajado, aunque proponen soluciones diferentes. El modelo de Hart es el de la discreción. Así, sostiene que debido a que la vaguedad es una característica del lenguaje jurídico y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más adecuada; en estas circunstancias excepcionales, el juez no está aplicando el derecho, sino creándolo para el caso concreto. Por otra parte Dworkin elabora el modelo de la respuesta correcta. Conforme a este modelo, el juez siempre encuentra una respuesta correcta en el derecho preestablecido; en los casos difíciles los jueces no basan sus decisiones en objetivos sociales ni en directrices políticas (que definen los otros poderes). Los casos difíciles se resuelven en base a principios que fundamentan derechos. De este modo la función del Poder Judicial no es crear derechos sino garantizar derechos preestablecidos, lo que resulta congruente con la separación de poderes y el sometimiento del juez a la ley. El juez no tiene poder político, su función es garantizar derechos individuales y no señalar los objetivos sociales. Su función es distinta a la de los otros poderes. Al no crear derechos el juez, sino garantizarlos, no crea normas, que además serían retroactivas. Extraído de RIVERA, Julio C, “Límites de las facultades judiciales. En el régimen de división de poderes y en el sistema de fuentes del Derecho Privado argentino” *La Ley*, 1999-D-1229. Vid. También DORADO PORRAS, Javier, “El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos”, *Cuadernos Bartolomé de la Casas* N° 3, Dykinson. Madrid, 1997, pp. 78 y ss.

<sup>7</sup> Tal como ocurrió con la Ley 24.309 de declaración de necesidad de reforma de la Constitución. Aquí la CSJN evadió pronunciarse sobre esta cuestión en “Polino” por un problema de legitimación activa. Aunque a mi entender tendría que haber declarado la inconstitucionalidad de dicha ley. Ver la lúcida disidencia del Ministro Fayt.

estupefacientes para consumo personal con base en la citada norma<sup>8</sup>; o si integra el debido proceso adjetivo el derecho a ser juzgado por pares, con fundamento en los arts. 18, 24, 75 inc. 12 y 118. En estos últimos casos entiendo que el último intérprete debe ser el legislador –vía proceso deliberativo democrático– el que tiene que adoptar la decisión.

Ahora sí, y con relación al juicio por jurados, considero que esta problemática se encuentra, *a priori*, entre los casos relativamente fáciles a la hora de interpretar, por lo menos en cuanto a la existencia del juicio por jurados como proceso penal.

En teoría constitucional, al momento de interpretar y, como muy bien lo desarrolla Ely<sup>9</sup>, hay dos concepciones iusfilosóficas en conflicto: textualismo vs. interpretación libre. El textualismo sostiene que “los jueces que deben decidir asuntos de constitucionalidad deberían limitarse a aplicar normas establecidas en la Constitución escrita o claramente implícitas en ella” mientras que la posición contraria sostiene “que los tribunales deberían ir más allá de este conjunto de referencias (la Constitución escrita o normas claramente implícitas en ella) y aplicar normas que no pueden ser descubiertas en el cuerpo del documento”<sup>10</sup>.

Por otra parte tenemos a la escuela originalista (sub-especie del textualismo), que propone “recurrir a las intenciones originarias de los autores de los textos legales”<sup>11</sup>, pues así evitaríamos los riesgos de la tiranía de los jueces<sup>12</sup>. Escapando –paradójicamente tal vez– a la indeseable posibilidad de que los jueces traten de dar vida a la Constitución dejando que la justicia se guíe por la “mano muerta del pasado”<sup>13</sup>.

Supongamos ahora que a un juez se le plantee, en el curso de un proceso, la excepción de falta de jurisdicción en el mismo porque no se

<sup>8</sup> Sin embargo la CSJN parece responder la pregunta afirmativamente en la causa “Arriola”, CSJN A. 891. XLIV, 25/8/2009.

<sup>9</sup> ELY, John H., *Democracia y desconfianza*, *ob. cit.*, p. 19.

<sup>10</sup> Otra diferencia muy importante es que el textualismo insiste “en que el trabajo de las ramas de poder puede invalidarse únicamente de acuerdo con una inferencia cuyo punto de partida, cuya premisa subyacente, pueda descubrirse con claridad en la Constitución”. Aunque “el que no sea posible encontrar en ella la inferencia completa –pues no es probable que se haya previsto la situación particular– es, por lo general, aceptado por las dos partes”, ELY, John, *ob. cit.*, p. 20.

<sup>11</sup> GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Buenos Aires, 1996, p.61.

<sup>12</sup> Cfr. GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno...*, *ob. cit.*, pp. 61-62.

<sup>13</sup> Ídem, p.62.

encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico el juicio por jurados<sup>14</sup> a pesar que se encuentra mencionado tres veces en la Constitución. Aquí el juez podría formularse las siguientes preguntas: ¿Qué dice nuestra Constitución al respecto? ¿Quiere ella el juicio por jurados? Para responder a estas preguntas hay que interpretarla. Pareciera obvio que el juez tendría que recurrir al textualismo (recordemos que estamos ante un caso fácil), como también pareciera obvio el rechazo de la interpretación libre (pues no hay normas que no puedan ser descubiertas en el documento); y aunque adoptar una posición originalista engendra ciertos problemas<sup>15</sup>, aceptémosla en el caso de juicio por jurados.

Tenemos entonces que desde cualquiera de las dos posturas que aquí aceptamos el juicio por jurados debiera existir. Aún más. Para reforzar el textualismo, acudimos a una interpretación orgánica que con respecto a la Constitución estipula, que “ninguna de sus cláusulas puede ser interpretada solitariamente, desconectándolas el todo que compone, sino que cabe entenderlas integrando las normas dentro de la unidad sistemática de la Constitución, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas de tal forma que haya congruencia y relación entre

<sup>14</sup> En el próximo acápite veremos cuál ha sido la posición del Poder Judicial.

<sup>15</sup> Explicar todos y cada uno de los problemas excede el ámbito de este trabajo. Por ello tomamos un excelente ejemplo de Gargarella. El profesor nos invita a pensar en los poderes del presidente en la Constitución americana. Sabemos que Madison y Hamilton fueron personajes decisivos en su redacción. Pero diferían radicalmente en varias cuestiones; los poderes del presidente era una de ellas. Entonces “¿qué hacemos si nos encontramos con dificultades para establecer cuál es el significado de lo establecido en la Constitución, en materias como la citada (si el texto no nos deja claro, por ejemplo, cuál es el alcance de los “poderes de guerra” del presidente)? ¿qué implica la decisión de tomarnos en serio el significado original de la Constitución? ¿quiere ello decir que, en caso de dudas generadas por el texto, o silencios del mismo, debemos atarnos a la “voluntad” de Madison, que tenía una mirada restrictiva respecto de los poderes del presidente? ¿debemos inclinarnos, en cambio, por los criterios defendidos por Hamilton, que eran opuestos a los del anterior? ¿debemos “promediar” ambas voluntades? ¿debemos pensar en el contrafáctico de qué hubiera dicho la Convención de entonces, preguntada sobre el problema que hoy nos agobia? ¿debemos abrirnos, más bien, a considerar voluntades de todos los presentes en la Convención Federal? ¿debemos prestar atención a los criterios prevalecientes en la comunidad a la hora en que se aprobaba el texto en cuestión? ¿o debemos excluir la consideración de toda voz que no estuviera presente en la convención constituyente, como muchos podrían razonablemente alegar? GARGARELLA, Roberto, “Interpretación del derecho”, AA.VV, *Derecho Constitucional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, pp. 656-657.

ellas”<sup>16</sup>. Si armonizamos<sup>17</sup> los artículos 24 –dedicado a las declaraciones, derechos y garantías–, 75 inc. 12 –dedicado a las atribuciones del Congreso– y finalmente el artículo 118 –dedicado a las atribuciones del Poder Judicial– de la Constitución Nacional, tendremos (por lo menos tengo para mí) que ella nos reclama el juicio por jurados.

No obstante la claridad de la norma, para robustecer mi postura, buscamos la solución en la escuela originalista. Y tenemos que en cuanto al juicio por jurados ella nos brinda argumentos a favor. Por ejemplo el ex presidente Mitre señalaba que “la institución del jurado es un dogma para todo pueblo libre”; a su turno Sarmiento expresaba que “el jurado es el paladín de las libertades públicas. Introducir al jurado es inocular un principio de vida y de existencia en el pueblo”; también Quintana consideraba que “para honor de esta cámara ninguna voz se ha levantado atacando la institución del jurado, que es una de las garantías más firmes sobre las que reposan las libertades públicas y privadas”<sup>18</sup>.

Advertimos que desde cualquiera de las dos posiciones (y sumamos la originalista) el jurado tendría que existir. Esta parece ser también la postura del Poder Judicial.

### III. SOLUCIONES JUDICIALES

La CSJN se ha pronunciado acerca de la problemática, aunque de una manera muy complaciente con el gobierno de turno. Así ha dicho en “Don Vicente Lovira c. Eduardo T. Mulhall, por injurias y calumnias s/ Competencia” (1911) en “Ministerio Fiscal c. el director del diario “La Fronda” por desacato s/Excepción de falta de jurisdicción” (1932); y “Tiffemberg”(1947) que los tres artículos constitucionales “no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados como tampoco ningún término perentorio...”

<sup>16</sup> SAGÜÉS, Néstor P, “Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”, JA 2003-IV-1220.

<sup>17</sup> Diccionario de la Real Academia Española (<www.rae.es>): Armonizar: tr. Poner en armonía, o hacer que no discuerden o se rechacen dos o más partes de un todo, o dos o más cosas que deben concurrir al mismo fin.

<sup>18</sup> Citas tomadas de CABALLERO, Roberto y HENDLER, Edmundo, *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994.

Con este tipo de sentencias lo que hace la CSJN no es sino acompañar al gobierno de turno. Así, Santiago<sup>19</sup> explica que “hay acompañamiento cuando se observa que, sin sumisión de ningún tipo, hay en las decisiones del tribunal una intención de facilitar el desarrollo de la función gubernamental, haciendo las adaptaciones y adecuaciones que se requieran para ello”. Es decir que frente a la inacción gubernamental la justicia propone soluciones constitucionales que no signifiquen trabas a los gobernantes.

Estimo que en las sentencias de la CSJN está implícita la aceptación de parte de los jueces de la omisión del Congreso<sup>20</sup>; pero al no estar obligado constitucionalmente por plazo alguno, el Poder Judicial no puede hacer nada.

También se han pronunciado acerca de la problemática algunos de nuestros tribunales inferiores y nacionales.

En el año 1988<sup>21</sup>, 1989<sup>22</sup> y 1991<sup>23</sup> la CNPenal Económico, sala II se pronunció acerca del juicio por jurados. En ninguno de los tres casos prosperó la excepción de falta de jurisdicción interpuesta por los apelantes al entender que debían ser juzgados por un jurado. Pero resultan interesantes los argumentos del Dr. Hendler<sup>24</sup>. El juez sostuvo que aunque las cláusulas de la Constitución que aluden al juicio por jurados son programáticas “ello no quiere decir que no sean obligatorias e imperativas o que el Congreso pueda decidir discrecionalmente su proceder”. Luego sostiene que hay omisión y que ésta puede ser violatoria de la Constitución (aquí remite a un artículo de Bidart Campos que trataré más adelante).

Más interesante es el pronunciamiento del año 1991. Aunque el tribunal terminó rechazando la excepción de falta de jurisdicción que había sido solicitada, pues los jueces Repetto y Riggi reiteraron los argumentos de la CSJN, debe destacarse la disidencia del juez Hendler. Aquí el juez repitió

<sup>19</sup> SANTIAGO, Alfonso, *La Corte Suprema y el control político*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, p.387.

<sup>20</sup> Más adelante me referiré a la omisión inconstitucional.

<sup>21</sup> “Fainstein” 22/9/1988. ED 130-603.

<sup>22</sup> “Demarco” 2/6/1989. ED 136-521.

<sup>23</sup> “Martellos” 30/4/1991. LL 1991-E-215.

<sup>24</sup> Este juez rechaza la excepción de falta de jurisdicción en los dos primeros casos basándose en la distinción entre delitos, teniendo en cuenta la entidad de los mismos: “La implantación del enjuiciamiento por jurados que reclama la Carta Constitucional debe entenderse referida al instituto conocido en el mundo entero como tal y este, tanto en época de sancionarse la Constitución como en la actualidad, sólo se extiende a los casos de delitos de mayor gravedad entre los que no puede considerarse incluido aquel por el que se ha deducido acción en este caso” (voto del Dr. Hendler en “Fainstein”).

los mismos argumentos de las dos sentencias anteriores, pero como en este caso sí era viable el juicio por jurados debido a la consideración de la pena en abstracto, sentenció “que deberá cursarse una rogatoria a la EXCMA. Corte Suprema de Justicia de la Nación para que dirija comunicación a las autoridades del Poder Legislativo a fin de que sirvan sancionar las leyes necesarias al establecimiento del juicio por jurados”, y mientras ello se resolviera reservó las actuaciones.

El último pronunciamiento es el del juez de sentencia Cevasco en la causa “Rilo, Antonio”<sup>25</sup>.

Aquí el juez de grado concedió la excepción de falta de jurisdicción para resolver, pues estimó que correspondía hacerlo a un jurado. Es destacable la interpretación que realizó el juez. Sostuvo que “las disposiciones constitucionales que hacen al funcionamiento de las instituciones republicanas, como aquellas que se refieren a la vigencia de los derechos individuales, no pueden ser descalificadas a los efectos de su aplicación y vigencia, con la diferenciación no emergente del texto de la carta fundamental y meramente doctrinaria, entre normas “programáticas” y normas “operativas”. Porque “tal distinción importa una mera justificación para explicar la omisión de los órganos pertinentes en cumplir el mandato de los constituyentes...”. “El art. 24 de la Constitución Nacional es terminante en cuanto en forma imperativa señala que el Congreso promoverá la reforma de la legislación en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados” (todo extraído del considerando 6°).

Más importante aún, destacó que la institución, “no es caprichosa, como ninguna cláusula constitucional, sino que obedece a la inteligencia de que tal sistema de juzgamiento es esencial por dos circunstancias: a) Importa una garantía para los ciudadanos que se integra con el debido proceso legal adjetivo y consiste en el derecho al juzgamiento por los pares...y b) Es la institución que permite cerrar el sistema de frenos y contrapesos”.

Para concluir que “la omisión en el establecimiento del juicio con jurados y más que ello, el dictado de sistemas procesales diametralmente opuestos a la previsión constitucional, deriva en una deformación de la Carta Magna en detrimento de específicas garantías de los ciudadanos y del funcionamiento institucional”. Por ello ordenó “librar oficios a los

<sup>25</sup> ED. 143-589. El fallo del juez de sentencia aparece publicado junto con la sentencia revocatoria de la Cámara.



presidentes de las Cámaras de Senadores y Diputados de la Nación solicitando se implemente en el próximo período legislativo el sistema de juicio por jurados contemplado en la Constitución Nacional”, y archivó las actuaciones.

Luego el fallo del juez de sentencia fue revocado por la Cámara de apelaciones<sup>26</sup>, acudiendo en más y en menos a los argumentos ampliamente conocidos de la CSJN<sup>27</sup>.

De los fallos analizados la interpretación que proponen Hendler y Cevalasco (en cuanto a la existencia del juicio por jurados) es la defendida en este trabajo; por otra parte, la solución que intentan es al menos novedosa. Son soluciones de una justicia activista, es decir una justicia que “más allá de ejercer la función de control respecto de las decisiones adoptadas por los poderes políticos, asume la iniciativa política y fija pautas de gobierno, adelantándose a la actuación de los otros órganos del Estado”<sup>28</sup>.

Si bien coincido con la interpretación de los jueces activistas, no comparto la solución. Porque intimar a otro poder cursando rogatorias o librando oficios menoscaba y deprime la división de poderes que nuestra Constitución consagra<sup>29</sup>.

#### IV. ARGUMENTOS PELIGROSOS

Ha dicho Palacio<sup>30</sup> que “el juicio por jurados ha sido derogado de la CN por vía consuetudinaria (desuetudo)”.

<sup>26</sup> “R.A” Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I” 19/02/1992. ED 143-589.

<sup>27</sup> Pero interesa destacar un argumento. En un pasaje de la sentencia, vale decir que el juez de Cámara ya había argumentado que iba a revocar la sentencia de 1ra instancia, señaló que el juez de grado “parece descubrir en 1991 una omisión que lleva más de un siglo...”. El argumento es peligroso pues el día de mañana el Poder Judicial podría decir: “el apelante pareciera descubrir luego de X años: que las cárceles deben ser sanas y limpias; que la vivienda debe ser digna; que los DNU tienen un procedimiento especial para su vigencia y validez, lo mismo que la delegación legislativa (que no puede recaer en el jefe de gabinete, como se desprende del art. 37 de ley de administración financiera); que el Consejo de la Magistratura debe estar compuesto de forma equilibrada, etc.).

<sup>28</sup> SANTIAGO, Alfonso. *ob. cit.*, p.418.

<sup>29</sup> En el último acápite exhibiré mi propuesta.

<sup>30</sup> PALACIO, Lino, “La realidad jurídica y la proyectada integración de los tribunales penales”, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 1989.

Este argumento, por atractivo que nos parezca entraña ciertos peligros que tal vez no hayan sido advertidos por el gran maestro del derecho procesal.

Primero. Desconoce abierta y cabalmente cuál es la forma para reformar la Constitución, que es la dispuesta por el art. 30: “la Constitución puede reformarse en todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”. Por ello se la suele categorizar como rígida.

Segundo. Aplicando la “lógica Palacio” podríamos decir, que el jefe de gabinete ha caído en desuetudo<sup>31</sup>; que las cárceles sean sanas y limpias cayó en desuetudo, por lo tanto es una declaración de ilusiones, y por ende no la garantizamos; lo mismo con que la vivienda sea digna; igual salario por igual tarea, etc. Y podría seguir argumentando con la denominada “lógica Palacio” y tendríamos que la fuerza normativa de la Constitución y la supremacía constitucional no existirían<sup>32</sup>.

## V. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN. ¿QUÉ RESUELVE?

Sabemos que la Constitución no sólo se puede violar por acción de los órganos encargados de aplicarla y reglamentarla. También resulta violada cuando esos órganos omiten el mandato constitucional. Bazán<sup>33</sup>, nos reenvía a Wessel, quien distingue entre omisiones absolutas y relativas. De acuerdo a la primera categoría “hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente. En las relativas, el legislador, al propulsar la norma para “obedecer” el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros”.

<sup>31</sup> Pues con la incorporación de esta figura se procuró: a) desconcentrar funciones del presidente, asignándole al ministro jefe la “administración general del país”; y b) establecer un nexo entre el Poder Ejecutivo y el Congreso. A tal efecto el Jefe de Gabinete tiene que dar cuenta permanente al Congreso de la marcha del gobierno, y éste puede removerlo por medio de una moción de censura (art. 101 C.N).

<sup>32</sup> Dejo en claro que ni un acérrimo defensor de la interpretación libre podría defender la que he llamado la “lógica Palacio”.

<sup>33</sup> BAZÁN, Víctor. Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión. L.L 2005-F-775.

En el caso de juicio por jurados la omisión es absoluta. Pues no podríamos pensar, que la omisión estaría salvada porque el legislador ha regulado el proceso penal<sup>34</sup>.

Supongamos ahora, que un juez, o la CSJN declaran la omisión inconstitucional del legislador por no reglamentar el juicio por jurados. Pero la parte dispositiva también deberá indicarnos los pasos a seguir. Bidart Campos<sup>35</sup> nos ofrece dos soluciones: 1º, un sistema en el cual el tribunal emplazara al Congreso a dictar la reglamentación omitida. El autor no soslaya el problema que se presentaría si el órgano emplazado no dictase la reglamentación quedando todo como antes; pero no ofrece solución alguna este problema<sup>36</sup>; 2º: una vez declarada que la omisión del Congreso es inconstitucional y reputando que la falta de reglamentación provoca una laguna en el orden normativo, el profesor nos propone “integrar el orden normativo lagunoso (...) echando mano de la autointegración (por analogía o por aplicación de los principios generales del derecho) o la heterointegración (acudiendo al valor justicia). Aquí tampoco evade que esta solución sólo serviría para el caso concreto. Estimo esta solución poco valiosa en sí para el sistema jurídico y político; para el jurídico porque, aún laguna de por medio<sup>37</sup>, podría suceder, i.e, que algunos tribunales compongan el jurado acudiendo a los de tipo escabinado (y aquí las combinaciones entre jueces legos y jueces técnicos pueden ser incontables), otros a los del tipo clásico, etc. Redundando todo ello en detrimento de la seguridad jurídica. Tampoco es valioso para el sistema político, ya que al disponer qué tipo de juzgado entenderá, como cuál será su composición, etc., el juez estaría

<sup>34</sup> Como parece deslizarlo, aunque no explícitamente, la Cámara criminal y correccional en “Rilo, Antonio”. Sostuvo que “el Congreso si bien no atendió a la meta constitucional, no omitió regular el proceso penal, como lo demuestran, entre otra las leyes (...) y la reciente Ley 23.984 que sancionó el nuevo código de procedimientos en materia penal. Esta simple enumeración demuestra que el Congreso ha tenido reiteradas oportunidades de analizar la regulación de esta materia (juicio por jurados), por lo cual debe entenderse que aún no cumpliéndose con el citado objetivo constitucional relativo al juicio por jurados, no desamparó la garantía del debido proceso; a la que consagró una continuada labor legislativa”. CNCrim. y Correc., sala I. 19/02/1992. ED. 143-589.

<sup>35</sup> BIDART CAMPOS, Germán J, “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, ED 78-789.

<sup>36</sup> En el próximo acápite veremos que mi propuesta es similar a esta, pero con fundamento en la democracia deliberativa y con soluciones al problema aludido.

<sup>37</sup> Aunque tengo para mí que en el caso de juicios por jurados no hay laguna, por lo menos en sentido estricto, pues el juez estaría apoyado en la Constitución.

tomando una decisión que compete al sistema político, vía deliberación democrática.

## VI. PROPUESTA Y CONCLUSIÓN

Antes de introducir mi propuesta es necesario tener en cuenta la visión de la democracia [deliberativa] que propone Nino<sup>38</sup>. Partimos desde la base de que “el proceso de discusión y decisión colectiva de todos los afectados tiene una considerablemente mayor confiabilidad, en cuanto al acceso a principios válidos de moral intersubjetiva, que la reflexión individual”. Entonces tenemos que es más valiosa la decisión que toman nuestros representantes, que la que tome un juez. Esta última es la posición que defiende Rawls, según Nino. Así, para el filósofo americano “el conocimiento de la verdad moral se alcanza sólo por medio de la reflexión individual”<sup>39</sup>. Igualmente considera útil la discusión con otros pero sólo como elemento auxiliar de la reflexión individual.

Mi propuesta es la siguiente: los jueces no pueden fallar en casos como los estudiados aquí; por lo tanto deben archivar las actuaciones, pues así instarían el proceso deliberativo de toma de decisiones, pues si no se paralizaría la justicia (propuesta radical I).

Pero esta solución engendra un problema. Puede que no tengamos el proceso deliberativo añorado; pues, con el fin de impedir la “parálisis judicial” la ley se promulgaría en un plazo muy breve, sin que haya podido existir una deliberación en la que hayan intervenido todos realmente.

Entonces reformulo mi propuesta: mantengo mi propuesta original, pero el juez, aquí le deberá fijar un plazo prudencial (2 o 3 meses por ejemplo) al Congreso para que delibere y llegue a una decisión<sup>40</sup>, aclarando que

<sup>38</sup> NINO, Carlos S, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y debates*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991, p. 119. Ver también del mismo autor, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2003, cap V.

<sup>39</sup> NINO, Carlos S, *La Constitución de la democracia deliberativa*, *ob. cit.*, p.161. Profundizar con el cap. V.

<sup>40</sup> Pero hay que tener en cuenta que “la capacidad epistémica del procedimiento democrático será menor o mayor en la medida en que se acerque o se aleje de las exigencias que generan su tendencia inherente a la imparcialidad: participación en el debate y en la decisión de de todos los afectados; libertad de presentación de todos los puntos de vista y relativa igualdad de las partes...”. NINO, Carlos S, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *ob. cit.*, p.121.

si el Congreso no se expide en el plazo fijado, el juez archivará las actuaciones<sup>41</sup>. (Propuesta radical, con tintes conservadores).

Lo que he presentado es el camino que, según considero, debe tomar el Poder Judicial en la problemática del juicio por jurados. Así, haría una contribución al debate democrático; porque debemos confiar en la capacidad del sistema político para resolver las cuestiones constitucionales.

Con esta propuesta concluyo el trabajo, en el que no me he referido a la conveniencia o no del juicio por jurados dada nuestra cultura cívica; y si lo fuera, tampoco me he referido a si debe adoptarse un modelo de juicio por jurados de tipo clásico o escabinado; o si es el medio adecuado para resolver los problemas que presenta el proceso penal actual; o si es el medio adecuado para que los ciudadanos sientan más comprometidos con sus responsabilidades cívicas<sup>42</sup>; ó, si defendiera el modelo clásico, como resolvería el problema de la no motivación de la sentencia; o cuál sería el ámbito de competencia del juicio por jurados (¿delitos dolosos? ¿delitos dolosos seguido de muerte, como proponía el proyecto del PE del 2004?) etc.

Considero que tales cuestiones deben ser sometidas al proceso democrático deliberativo de toma de decisiones. Y si, en última instancia, no existe el consenso para la implementación del juicio por jurados, este instituto debe ser eliminado de la Constitución Nacional (vía art. 30, y no acudiendo a soluciones demagógicas y poco democráticas como la ofrecida por algún autor, analizada más arriba). Todo ello, lo debe resolver el proceso político. Porque de algo que tenemos –por lo menos tengo– que estar seguro es de que los jueces no conforman “la rama menos peligrosa”<sup>43</sup>. Ya que muchas veces, con sus decisiones, no hacen otra cosa que cerrar el debate que debiera darse en los parlamentos<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Nótese que mi propuesta no es como la de Bidart Campos.

<sup>42</sup> Si este fuera uno de los fundamentos de la ley, sería inconstitucional, por interferir con los planes de excelencia personal de cada uno (art. 19 CN).

<sup>43</sup> Parafraseando el título del libro del profesor Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, Bobbs- Merrill, 1962.

<sup>44</sup> Imaginemos que la CSJN resolviera que el aborto es inconstitucional, o no. La Constitución no es clara en este asunto, por ello, debe discutirse en el parlamento. Y la CSJN debe abrir el debate, no cerrarlo.



## “FUERA LA CORTE SUPREMA”. BREVES NOTAS SOBRE LAS PROTESTAS FRENTE AL MÁXIMO TRIBUNAL

MAURO BENENTE\*

**Resumen:** En este trabajo se realiza una breve reseña de la configuración de las protestas sociales durante la década de 1990 y de los agitados días de diciembre de 2001, para luego dar cuenta de las protestas organizadas por la Asociación de Abogados Laboralistas frente a la Corte Suprema. Se dirá que, por los fallos dictados durante el decenio de 1990 en materia laboral, los jueces de la Corte Suprema se habían transformado, para los miembros de la asociación, en actores políticos relevantes.

**Abstract:** In the present article a brief description is made of the characteristics of social demonstrations during the decade of 1990 and of the hectic days of December 2001, in order to make an account of the demonstrations organized by the Labor Lawyer's Association before the Supreme Court of Justice. It will be affirmed that the judges of the Supreme Court had developed into important political or actors in the labour law field due to a series of sentences passed by them during the 90's.

**Palabras clave:** Protesta social- Asociación de Abogados Laboralistas- Corte Suprema- Control de constitucionalidad.

**Keywords:** Demonstration – Labour Lawyer's Association- Supreme Court- Judicial Review.

\* Abogado (UBA) y estudiante de Ciencia Política (UBA). Auxiliar de segunda de “Teoría del Estado”, “Elementos de Derecho Constitucional” y “Sociología del Derecho”, todas en la Facultad de Derecho de la UBA. Este trabajo es una versión acotada de una investigación llevada a cabo gracias a una beca UBACyT categoría estímulo.

## I. INTRODUCCIÓN

Durante la primera quincena del mes de enero del 2009 me encontraba en la zona de *Puente del Inca* en la provincia de Mendoza a casi 180 kilómetros de la Capital provincial yendo por la Ruta 7, y a 2720 metros sobre el nivel del mar. Un paisaje maravilloso. El aire pesado, sí, pero la belleza que ingresaba por la mirada opacaba toda otra sensación.

A muy pocos metros del famoso milenario puente, que por peligro de derrumbe se encuentra cercado, en lo que antes no era más que un galpón, dos jóvenes, uno de ellos nacido en la zona y el otro oriundo de la ciudad de Rosario, habían montado el *Museo del Andinista*. La visita guiada estaba a cargo del rosarino, quien se trasladaba a la zona durante la temporada estival para lograr diversas cumbres. Un capítulo de la visita estaba dedicado a los trajes y el equipaje de los montañistas y, según nos narraba, los avances sobre el asunto estaban anclados en la eliminación de peso y de volumen. Los nuevos desarrollos, pues, intentaban que los montañistas tuviesen trajes y equipajes cada vez más pequeños y más livianos. Esto, según nos indicaba nuestro guía era lo que buscaban quienes desafiaban las alturas: "llevar cada vez menos cosas y más livianas".

La máxima dictada por nuestro guía rosarino parece no aplicarse a aquellos, que en los primeros meses de 2002 habían decidido sumar a su equipaje de andinistas una bandera, que finalmente flameó en la cumbre del Cerro *El Plata*, a 6.000 metros de altura. La bandera tenía inscripta la siguiente leyenda: "Fuera la Corte Suprema"<sup>1</sup>.

Aquel exceso de equipaje se enmarcaba dentro de un período de diarios episodios de protesta social que atravesaban al país por aquellos primeros meses del 2002.

En el marco de los episodios de protesta se produjo una notable situación: Los jueces de la Corte Suprema estuvieron en el centro de los reclamos. Entre los meses de enero y abril de 2002, de acuerdo al relevamiento que he realizado de los diarios *Clarín*, *La Nación* y *Página/12*, los jueces del máximo tribunal estuvieron presentes en el contenido de las demandas sociales. El "fuera la Corte Suprema" se oía en las casi diarias protestas que atravesaban el país por aquellos meses de 2002. Por aquel entonces, los jueces parecían ser actores políticos relevantes. Cuando se hablaba de

<sup>1</sup> Diario *Clarín* del 8 de febrero de 2002, "Siguen las protestas, desde Tribunales al Aconcagua", sección política.



reforma política, se hablaba de la Corte Suprema; cuando se hacía referencia a las decisiones políticas para salir de la crisis financiera, se hablaba de la Corte Suprema; cuando se hablaba del futuro del corralito financiero, se hablaba de la Corte Suprema; cuando se hablaba de las soluciones a los deudores hipotecarios no pesificados, se hablaba de los jueces de la Corte Suprema. Cuando se protestaba, se protestaba contra la Corte Suprema.

En un trabajo de mayor envergadura, he intentado dar cuenta de las protestas registradas por los diarios, en las cuales los jueces de la Corte Suprema, y en general el reclamo por su renuncia, estuvieron en el centro de los reclamos. No obstante, en este pequeño artículo, mi objetivo será mucho más acotado. Durante aquellos meses, y durante varios meses más, la misma Plaza Lavalle, el mismo frente del Palacio de Tribunales fue escenario de numerosas protestas, que llegaron a reunir a más de 5.000 personas.

Dentro de las protestas frente a la Corte Suprema es posible distinguir, al menos, tres grupos: La Asociación de Abogados Laboralistas (AAL), quienes convocaron a numerosos cacerolazos los días jueves frente al Palacio de Tribunales; los denominados "deudores no pesificados", que protagonizaron numerosos llaverazos frente al edificio de la Corte Suprema, reclamando que las deudas de sus mutuos hipotecarios fuesen alcanzados por los beneficios de la pesificación y; los denominados "ahorristas" que reclamaban a los jueces de la Corte Suprema por la situación de sus ahorros, primero para sortear la inmovilidad y luego para dar marcha atrás en la pesificación de sus depósitos.

Estos grupos no necesariamente marchaban juntos y, en muchos casos, sus demandas tampoco eran similares. Mientras la AAL reclamaba la renuncia o juicio político a los jueces de la Corte Suprema, a los "ahorristas" les interesaba la restitución de sus depósitos bancarios y la modificación en la integración de los magistrados se transformaba en una variable dependiente de aquel objetivo.

En este trabajo, me concentraré en las protestas organizadas por la Asociación de Abogados Laboralistas. En primer lugar, realizaré una pequeña reseña de la configuración de las protestas sociales en Argentina hacia diciembre de 2001. En segundo lugar trazaré una también escueta contextualización histórica del año 2001 y una cronología de los días claves de aquel mes. Una vez finalizado lo anterior, reseñaré el modo en que los citados diarios narraron las protestas llevadas a cabo por la AAL. Por motivos de espacios, mi reseña finalizará el 1 de febrero de 2002, día en

que los jueces, además de retornar de sus vacaciones, resolvieron el caso "Gorosito". Terminado el relato de las protestas, diré que el control judicial de constitucionalidad pudo haber sido el detonante institucional de estas protestas frente a la Corte. Luego de lo anterior, será el turno de esbozar unas breves palabras finales.

## II. MARCO GENERAL DE LAS PROTESTAS PREVIO A DICIEMBRE DE 2001

Bajo este acápite, mi intención es realizar un pequeño mapa de las protestas en Argentina durante la década de 1990, para ubicar en cierto contexto a las protestas acaecidas en 2001-2002 en general y, luego sí, adentrarme tanto en las protestas desarrolladas frente a la Corte de Suprema de Justicia. Para realizar este pequeño mapeo, trabajaré con las conclusiones y reflexiones a las que han acudido los estudios que, a lo largo de mi trabajo he considerado como más serios y detallados sobre la temática.

En los trabajos sobre protesta social que analizan el período argentino desde 1990 hasta la actualidad, se advierten ciertas coincidencias y a continuación, pues, reseñaré aquellos puntos en los cuales parece haber un piso de acuerdo entre quienes se dedican y han dedicado al estudio de la protesta social en Argentina.

En primer lugar, habría que aclarar que, a diferencia de lo que puede estar presente en determinado imaginario colectivo, si partimos desde el año 1990, no fue en el año 2001 sino en 1997 cuando se registró el mayor número de episodios de protesta. Incluso, durante el 2001, el mayor caudal de protestas se produjo durante el primer trimestre y no a lo largo del último trimestre del año. Todo esto demuestra, pues, cierta disociación entre el número de protestas y su impacto político-institucional.<sup>2</sup> En términos genéricos, este

<sup>2</sup> En este sentido, entre las conclusiones arribadas por el Grupo de Estudios sobre Protesta Social y Acción Colectiva (GEPSAC), dirigido por Federico L. Schuster, se lee que "en 1997 se registró un 56% más de protestas que a lo largo de 2001; sin embargo, las consecuencias estratégico-institucionales de aquéllas fueron significativamente menores que las de éstas. Considerando todo el período (1989-2003), 2001 es uno de los tres años con menor cantidad de protestas. Incluso, durante ese año, se registraron más protestas en el segundo trimestre que durante el cuarto, cuando finalizó abruptamente el gobierno de Fernando de la Rúa. No obstante, el impacto político de las protestas de 2001 en general, y las del último trimestre en particular, fue notable, tanto a nivel de la performatividad política de las mismas, como de sus consecuencias estratégico institucionales." GRUPO DE ESTUDIOS SOBRE PROTESTA SOCIAL Y ACCIÓN COLECTIVA, *Transformaciones de la protesta*

impacto se conoce como *performatividad* y alude a la "capacidad inherente de toda enunciación pública de redefinir las reglas y los recursos que constituyen el campo simbólico dentro del cual se produce y reconoce"<sup>3</sup>.

Si bien a lo largo del año 2002 se percibirá un incremento de los episodios de protesta, cabe destacar que este fenómeno no fue patrimonio de la Argentina sino que fue una situación que atravesó a América Latina en su conjunto. En este sentido, y de acuerdo con relevamientos de la OSAL, en 19 países de la región latinoamericana, entre mayo-agosto de 2000 y mayo-agosto 2002 se registra un aumento del 180% en los episodios de protesta<sup>4</sup>.

Los autores y autoras han advertido que, mientras hacia principios de la década de 1990, las protestas, en sus diferentes formatos, eran protagonizadas por sindicatos y gremios, hacia finales del decenio, estos colectivos fueron perdiendo el protagonismo y éste se fue trasladando hacia otros colectivos y actores sociales<sup>5</sup>. En este orden de ideas, mientras en 1989 las protestas protagonizadas por sindicatos representaban el 75% del total, hacia 1998, sólo representaban el 26% y; mientras en 1989 las protestas protagonizadas por organizaciones civiles apenas superaba el 10%, en 1998 representaban el 51% del total de las protestas registradas<sup>6</sup>. Asimismo, en el año 1999, el 46,2% de las protestas fue protagonizado por sujetos ajenos

*social en Argentina 1989-2003*, Documentos de Trabajo del Instituto Gino Germani, n° 48, Bs. As., 2006, p. 31.

<sup>3</sup> SCHUSTER, Federico "Las protestas sociales y el estudio de la acción colectiva" en NAISHTAT, FRANCISCO, NARDACCHIONE, Gabriel, PEREYRA, Sebastián, SCHUSTER, Federico (comps.), *Tomar la palabra. Estudios sobre protesta social y acción colectiva en la Argentina contemporánea*, Ed. Prometeo, Bs. As., 2005, p. 65.

<sup>4</sup> SEOANE, José, TADDEI, Emilio, ALGRANATI, Clara, "Las nuevas configuraciones de los movimientos populares en América Latina" en BORÓN, Atilio, LECHINI, Gladys (comps.), *Política y movimientos sociales en un mundo hegemónico. Lecciones desde África, Asia y América Latina*, Clacso, Bs. As., 2006, p. 228-229.

<sup>5</sup> Así, HERRERA, María Rosa, "Beligerancia popular en Argentina: apertura de un ciclo de protesta 1997-2002" en *Revista Eúphoros*, n° 6, Revista del Centro Asociado UNED, Algeciras, 2003, pp. 36-40 y "La contienda política en Argentina 1997-2002: Un ciclo de protesta" en *América Latina Hoy*, n°48, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2008, pp. 177-181; SCRIBANO, Adrián, SCHUSTER, Federico "Protesta social en la Argentina de 2001: entre la normalidad y la ruptura" en *Observatorio social de América Latina n°5*, Clacso, Bs. As., 2001.

<sup>6</sup> GRUPO DE ESTUDIOS SOBRE PROTESTA SOCIAL Y ACCIÓN COLECTIVA, *Transformaciones de la protesta social en Argentina 1989-2003*, Documentos de Trabajo del Instituto Gino Germani, n° 48, 2006, p. 36.

a organizaciones gremiales y sindicales<sup>7</sup>. Sin lugar a dudas, las políticas neoliberales en general, y la flexibilización laboral y el incremento de la desocupación en particular, han impactado notablemente en estas modificaciones en el protagonismo de las protestas<sup>8</sup>. Dado que sólo quiero desarrollar un breve panorama de los episodios protesta y no de sus causas, no profundizaré sobre el asunto, aunque tal vez una buena síntesis a la que llegan muchos de los estudiosos, pueda leerse en la obra de Mirta Lobato y Juan Suriano, para quienes "en los noventa, luego de más de una década de transformaciones bajo el signo del neoliberalismo y de las enormes dificultades de los partidos políticos para responder a las demandas de la sociedad, se incorporaron a la protesta social una amplia gama de actores y recursos que se expresaron con nuevos repertorios de confrontación"<sup>9</sup>.

Finalmente, y relacionado con lo anterior, cabe destacar una transformación en los *repertorios* de protesta. Muchos de los autores que se dedicaron –y dedican– al estudio de los fenómenos de protesta, hacen suyo el concepto de *repertorio* adoptado por el sociólogo estadounidense Charles Tilly fallecido en abril de 2008. Como sostiene Zibechi el concepto *repertorio*, que alude a los métodos y formas de lucha, "tiene sus ventajas, ya que da a entender que se trata de las habilidades o recursos que los movimientos sociales, pero también los individuos y los colectivos, tienen a mano a la hora de enfrentar un desafío"<sup>10</sup>. Es de destacar, pues, que a medida que

<sup>7</sup> GIARRACA, Norma, "Argentina 1991-2001: Una década de protesta que finaliza con un comienzo. La mirada desde el país interior", *Argumentos. Revista electrónica de crítica social*, n°1, 2002.

<sup>8</sup> En este sentido, Emilio Cafassi destaca que "(e)l desplazamiento, por tanto, desde los trabajadores productivos, en la acepción de Marx de aquellos que producen plusvalía, a los improductivos y desocupados resulta un insumo explicativo de las transformaciones en la naturaleza de las luchas". CAFASSI, Emilio, *Olla a presión. Cacerolazos, piquetes y asambleas, sobre el fuego argentino*, Libros del Rojas, Bs. As., 2002, p. 56. En el mismo sentido, Zibechi sugiere que "el ascenso de los cortes de ruta como método de lucha contrasta, y coincide en el tiempo, con la caída de la huelga y los conflictos sindicales (...) El hecho de que en el mismo momento en que descienden fuertemente los conflictos sindicales crezcan de forma vertiginosa los cortes de ruta, sugiere que el piquete pasa a incorporarse como parte del repertorio de formas de lucha de la clase obrera" ZIBECHI, Raúl, *Genealogía de la revuelta. Argentina: la sociedad en movimiento*, Ed. Nordan-Comunidad y Letra libre, La Plata, 2003, p.126.

<sup>9</sup> LOBATO, María Zaida, SURIANO, Juan, *La protesta social en la Argentina*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2003, p. 115.

<sup>10</sup> ZIBECHI, Raúl, *Genealogía de la revuelta. Argentina: la sociedad en movimiento*, Ed. Nordan-Comunidad y Letra libre, La Plata, 2003, p.24.

avanzaba la década de 1990, el repertorio protestas se transformaba de la huelgas y paros hacia los cortes de ruta, escraches y cacerolazos. En este sentido, mientras que en el año 1992 se llevaba a cabo un corte de ruta por cada siete paros, en 2001 se produjeron el doble de cortes de ruta que de paros<sup>11</sup>. Hasta diciembre de 2001, el corte de ruta no había sido patrimonio exclusivo de los trabajadores desocupados, "pero la particularidad en este caso, es que se trata de la única medida de fuerza a su disposición, y del instrumento de lucha que les permitía instalarse en la escena nacional"<sup>12</sup>.

En medio de este viraje del repertorio de protestas, también merecen destacarse algunos formatos que tuvieron expresiones más esporádicas: la Carpa Blanca de los docentes, los "escraches" protagonizados por la agrupación Hijos por la Identidad y la Justicia contra el Olvido y el Silencio (HIJOS), los apagones y los abrazos simbólicos, y finalmente, los "paros de remate" de chacras endeudadas mediante el canto del himno argentino y el rezo, protagonizados por el Movimiento de Mujeres Agropecuarias<sup>13</sup>.

Las modificaciones en los actores y en los formatos de las protestas, no son patrimonio de los episodios urbanos sino que también se registran en las protestas *agrorrurales*. Al decir de la socióloga rural Norma Giarraca, "es interesante comprobar que cuando cruzamos 'sujetos de la acción' con 'formas de la acción', observamos que cada sujeto utiliza un amplio repertorio de acciones, tanto las que forman parte de sus tradiciones de lucha (acciones medulares) como las nuevas formas aparecidas en los últimos tiempos. Así, por ejemplo, vemos que los productores utilizan el paro o las movilizaciones pero también los cortes de ruta/calles/puentes que aparecen asociados a los desocupados. Los aborígenes están más acostumbrados a presentar sus reclamos por escrito pero también han realizado marchas y

<sup>11</sup> Cfr. GRUPO DE ESTUDIOS SOBRE PROTESTA SOCIAL Y ACCIÓN COLECTIVA, *Transformaciones de la protesta social en Argentina 1989-2003*, Documentos de Trabajo del Instituto Gino Germani, n° 48, 2006, p. 46. Sobre los cambios en el formato de las protestas, ver también HERRERA, María Rosa, "Beligerancia popular en Argentina: apertura de un ciclo de protesta 1997-2002" en *Revista Eúphoros*, n°6, Revista del Centro Asociado UNED, Algeciras, 2003 pp. 42-44 y SVAMPA, Maristella, *Las dimensiones de las movilizaciones sociales en Argentina: un balance necesario*, en <<http://www.maristellasvampa.net/archivos/ensayo17.pdf>>.

<sup>12</sup> MACEIRA, Verónica, SPALTENBERG, Ricardo, "Una aproximación al movimiento de desocupados en el marco de las transformaciones de la clase obrera argentina", *Observatorio Social de América Latina*, n°5, Clacso, Bs. As., 2001, p. 17.

<sup>13</sup> GIARRACA, Norma, BIDASECA, Karina, "Introducción" en GIARRACA, Norma (comp.), *La protesta social en la Argentina. Transformaciones económicas y crisis social en el interior del país*, Ed. Alianza, Bs. As., 2001, pp. 34-35.

cortes de ruta"<sup>14</sup>. En el caso particular de los sectores subalternos, es de destacar que durante la década de 1990, se produjo un intento de movilizar a los viejos gremios que representaban a pequeños y medianos productores –como la Federación Agraria Argentina–, pero luego se buscaron nuevos modos de expresión y de acción<sup>15</sup>.

Por su parte, dentro de los sectores más desposeídos de la sociedad, se habían generado nuevos repertorios de acciones colectivas: los asentamientos a partir de la ocupación de tierras, adquirieron repercusión en 1981 a partir de la ocupación de tierras en el sur del Gran Buenos Aires y, específicamente en lo que hace a episodios de protesta, deben señalarse los piquetes –tema que abordaré brevemente más adelante– y los saqueos –que habían tenido su primera aparición en 1989–.<sup>16</sup>

En esta muy acotada reseña, mi intención fue mostrar que las características que tuvieron las protestas durante el período diciembre 2001-2002 tanto en general, como en particular frente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esto es, reclamos no organizados por sindicatos, con alta participación de sujetos no organizados bajo las estructuras tradicionales y con formatos ajenos a la clásica huelga, no fueron episodios tan novedosos, o, si se los consideran novedosos, merecen ser enmarcados dentro de un proceso algo más amplio.<sup>17</sup> Esto no implica, necesariamente, negar las

<sup>14</sup> GIARRACA, Norma, "La protesta agrorrrural en Argentina" en SEOANE, José (comp.), *Movimientos Sociales y conflicto en América latina*, Clacso, Bs. As., 2003, p. 201.

<sup>15</sup> GIARRACA, Norma, "De las fincas y las casas a las rutas y las plazas: las protestas y las organizaciones sociales en la Argentina de los mundos 'rururbanos'. Una mirada desde América Latina", *Revista Sociológicas*, n° 8, Porto Alegre, 2003, p. 259.

Asimismo, es de destacar que estas transformaciones en las protestas *agrorrrurales* no sólo se llevaron a cabo en Argentina. Así, en las zonas rurales de Paraguay, para citar sólo un ejemplo, mientras que los sujetos por excelencia de la protestas eran los campesinos –en general con protestas ligadas al reclamo por la posesión de tierras–, a partir del 2001 medianos y grandes productores agropecuarios, nucleados en la Coordinadora Agrícola del Paraguay, comenzaron con "tractorazos" para que el gobierno atienda sus reclamos. Cfr. RIQUELME, Quintín, "Los conflictos sociales en el contexto de la democracia paraguaya", en SEOANE, José (comp.), *Movimientos Sociales y conflicto en América latina*, Clacso, Bs. As., 2003, p. 55.

<sup>16</sup> Cfr. MERKLEN, Denis, *Pobres ciudadanos. Las clases populares en la era democrática (Argentina, 1983-2003)*, Ed. Gorla, Bs. As., 2005, pp. 50-55.

<sup>17</sup> Incluso, podría decirse que estos nuevos formatos de protestas sociales no son patrimonio argentino, sino que es una característica que se repite a nivel global y que en parte se explica por la atenuación del componente clasista en la estratificación social. En este sentido, Schuster entiende que "(d)espués de la crisis relativa del concepto de clase

particularidades del 19-20 de diciembre de 2001 y los meses subsiguientes. En este sentido, pues, Germán Pérez recuerda que el espacio de resistencia protagonizado por las clases medias en aquellos días, se asentó sobre un espacio que ya había sido abierto por el denominado *movimiento piquetero*<sup>18</sup>.

Finalmente, es importante aclarar que en estas breves líneas mi intención no ha sido analizar si lo ocurrido en diciembre de 2001 y los primeros meses del 2002 obedece a un *ciclo de protestas* iniciado con anterioridad ni, menos aún, indagar cual sería la fecha de inicio del eventual ciclo, temática que sí es abordada en algunos trabajos<sup>19</sup>. Cuando empecé a consultar los

---

(especialmente en su versión más objetivista) como único o principal *explanans* de la acción colectiva, la noción de movimiento social surgió con fuerza como una alternativa que permitió dar cuenta de una característica de la acción colectiva de nuestro siglo: el surgimiento de nuevas fuerzas sociales que se mostraban en el espacio político bajo formas de constitución no clasista y con reclamos novedosos. El movimiento feminista, el pacifista, el ecologista y hasta un conjunto de expresiones colectivas relativamente homogéneo, al que se le dio el nombre de movimiento juvenil, han sido (y son) los ejemplos más típicos de movimientos sociales" SCHUSTER, Federico "Las protestas sociales y el estudio de la acción colectiva" en NAISHTAT, FRANCISCO, NARDACCHIONE, Gabriel, PEREYRA, Sebastián, SCHUSTER, Federico (comps.), *Tomar la palabra. Estudios sobre protesta social y acción colectiva en la Argentina contemporánea*, Ed. Prometeo, Bs. As., 2005, p. 45.

<sup>18</sup> PÉREZ, Germán, "Modelo para armar: complejidad y perspectivas de la protesta social en la Argentina reciente", *Argumentos. Revista electrónica de crítica social*, n°1, 2002. En el mismo orden de ideas, cuando el Colectivo Situaciones –conformado por Edgardo Fontana, Natalia Fontana, Verónica Gago, Mario Santucho, Sebastián Scolnic y Diego Sztulwark- analiza lo sucedido el 19 y 20 de diciembre, en un capítulo dedicado a la experiencia piquetera incluyen el título "El piquete como antecedente". Cfr. COLECTIVO SITUACIONES, *19 y 20. Apuntes para el nuevo protagonismo social*, ed. De mano en mano, Bs. As., 2002, p. 91.

<sup>19</sup> Sólo a modo de ejemplo, puede decirse que para Nicolás Iñigo Carrera y María Cecilia Coterele, lo sucedido en diciembre de 2001 se enmarca dentro de un ciclo de conflictividad social que se inicia con un motín en Santiago del Estero en diciembre de 1993. Cfr. IÑIGO CARRERA, Nicolás y COTARELO, María Cecilia, "Argentina, diciembre de 2001: hito en el proceso de luchas populares" en SEAONE, José (Coord.) *Movimientos sociales y conflictos en América Latina*, Clacso, Bs. As., 2003. Por su lado, María Rosa Herrera, quien tomando categorías de Sidney Tarrow define a los ciclos de protestas como "secuencias de conducta colectiva caracterizados por: a) un nivel de conflicto que excede el considerado 'normal' para esa sociedad, b) que además involucra a distintos sectores sociales, c) marcado por una rápida difusión territorial del centro del conflicto a la periferia, d) pero también desde organizaciones previamente establecidas a nuevas formas de organizaciones, que e) aceleran su ritmo de interacciones; así mismo f) en el marco de estas secuencias de interacción los sujetos inventan nuevas formas de confrontación innovando los repertorios de acción colectiva y g) nuevos marcos significativos que modifican los patrones culturales, al menos

diarios del período a analizar, me encontré con una fuerte insistencia en los supuestos nuevos formatos de reclamos protagonizados por nuevos actores o colectivos sociales, y con las breves líneas que presenté, mi intención fue relativizar estas afirmaciones periodísticas. En este orden de ideas, en un breve trabajo publicado en septiembre de 2001, Scribano y Schuster describían las protestas de aquellos meses con caracteres que son totalmente aplicables a la supuesta novedad de diciembre de 2001 y enero de 2002. Así, los autores afirmaban que "si se comparan las movilizaciones características de los años previos e inmediatamente posteriores a la democratización en Argentina con las protestas actuales, es sumamente difícil negar al menos una serie de características novedosas: a) en primer lugar, han aumentado y se han diversificado las acciones de protesta en el país; b) se han multiplicado las organizaciones de protesta; c) se han modificado los temas y demandas que sostienen las organizaciones y las acciones de protesta y d) han aparecido nuevos formatos de protesta para soportar esas acciones"<sup>20</sup>.

Antes de aproximarme al mes de diciembre de 2001, y dentro de este muy escueto relato de las características de la protesta social, quisiera realizar una breve reseña de los denominados piquetes y cacerolazos.

## 1. Los piquetes

Tal vez, una de las mayores novedades en lo que se refiere al formato de las protestas se relaciona con los denominados piquetes, los cortes de ruta y calles, que tuvieron su inicio mediático hacia 1997, con los sucesos de Cutral-Có-Plaza y Plaza Huincol (Neuquén) durante el mes de marzo y en Tartagal- Mosconi (Salta), durante el mes de mayo del mismo año.<sup>21</sup> Lo

---

en relación a la contienda política", entiende que el ciclo se ha iniciado en 1997. HERRERA, María Rosa "La contienda política en Argentina 1997-2002: Un ciclo de protesta" en *América Latina Hoy*, n°48, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2008, p. 168.

<sup>20</sup> SCRIBANO, Adrián, SCHUSTER, Federico "Protesta social en la argentina de 2001: entre la normalidad y la ruptura", *Observatorio Social de América Latina*, n°5, Clacso, Bs. As., 2001, p. 17.

<sup>21</sup> Me refiero a un inicio mediático, porque se pueden encontrar ejemplos anteriores a los episodios de Cutral-Có de 1997. Así hacia fines de 1994, los obreros de la construcción de la Ciudad neuquina de Cenillosa, que habían quedado desempleados luego de la finalización de la construcción de la represa Piedra del Águila, protagonizaron un importante corte de ruta. Cfr. OVIEDO, Luis *Una historia del movimiento piquetero. De las primeras coordinadoras al argentinazo*, Ediciones Rumbos, Bs. As., 2004, p.31.



sucedido en ambos casos es sumamente conocido, por lo que solamente reseñaré los hechos de Cutral-Có y Plaza Huincul, que fueron los primeros.<sup>22</sup>

Hacia inicios de 1997, el gobierno de la provincia de Neuquén había decidido recortar el salario de los empleados estatales, lo que produjo el 24 de marzo de aquel año una fuerte manifestación de los gremios docentes, apoyada por una Coordinadora de Padres y por la Coordinadora de Estudiantes Secundarios. Esta manifestación fue duramente reprimida, lo que produjo que otros gremios estatales se sumasen a los reclamos. El gobierno provincial reprimió nuevamente, y más duramente a los manifestantes, que se dirigieron a Cutral-Có, una ciudad del interior provincial.

En Cutral-Có, en 1996, ya se habían producido sendos episodios de protesta: la mayoría de los habitantes había quedado desempleado luego de la privatización de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF), y reclamaban que tanto el Estado nacional cuanto el gobierno provincial, se hiciesen cargo de la situación de pobreza que los habitantes de la ciudad padecían.<sup>23</sup> No obstante, en esta primera protesta, no sólo los desocupados se manifestaban. Cuando Javier Auyero relata el arribo de la gendarmería el 25 de junio a Plaza Huincul, cita estas palabras de un gendarme, que más allá de lo patético del léxico, nos indica la composición sociológica del corte de ruta: "che, esto no es joda, acá hay gente bien vestida". Aparentemente, y según otros testimonios que aporta Auyero, por aquellos días, el corte no era llevado únicamente por desocupados<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Buenos estudios de lo sucedido en Tartagal- Mosconi puede leerse en: BARBETTA, Pablo y LAPEGNA, Pablo, "Cuando la protesta toma forma: los cortes de ruta en el norte salteño" en GIARRACA, Norma, *La protesta social en la Argentina. Transformaciones económicas y crisis social en el interior del país*, Ed. Alianza, Bs. As., 2001; SVAMPA, Maristella, PEREYRA, Sebastián, *Entre la ruta y el barrio. La experiencia de las organizaciones piqueteras*, ed. Biblios, Bs. As., 2003, pp. 123-146; GIARRACA, Norma, WAHREN, Juan, "Territorios en disputa: iniciativas productivas y acción política en Mosconi, Argentina", *Observatorio Social de América Latina*, n°16, Clacso, Bs. As., 2005.

<sup>23</sup> Aquel corte de la ruta 22 entre Cutral-Có y Plaza Huincul de 1996, que comenzó el 21 de junio y se extendió por una semana, había sido decidido en el Primer Congreso de Desocupados de Neuquén que, convocado por la Central de Trabajadores Argentinos (CTA) y la Coordinadora de Desocupados, se llevó a cabo el 24 de mayo de aquel año. Cfr. OVIEDO, Luis *Una historia del movimiento piquetero. De las primeras coordinadoras al argentina-zo*, Ediciones Rumbos, Bs. As., 2004, pp. 57-65.

<sup>24</sup> Cfr. AUYERO, Javier, *La protesta. Retratos de la beligerancia popular en la argentina democrática*, Libros del Rojas, Bs. As., 2002, pp. 70-78.

La protesta que habían iniciado los empleados estatales en marzo de 1997, quedó absorbida por los desempleados de la ciudad de Cutral-Có que, tal como lo habían hecho un año atrás, cortaron la ruta 22. Luego de algunos días de corte y tras un enfrentamiento con la gendarmería que dejó decenas de heridos y la trágica muerte de Teresa Rodríguez, el corte fue levantado<sup>25</sup>.

Quienes cortaban la ruta fueron, en un primer momento, etiquetados como *fogoneros* –en alusión a los fuegos que encendían para mantener los cortes– y luego como *piqueteros*. Lo curioso es que en la denominación *piqueteros* no hay una derivación de la condición de desempleados o de la condición de excluidos de los actores del proceso, ni tampoco del contenido de las demandas, sino que hay una referencia a su accionar. “Así fueron llamados y ese nombre asumieron para sí. Se transformaron en su acción; su capacidad de hacer trascendió a su condición previa, definida por la negatividad en relación con el empleo (desempleados o desocupados). Fueron lo que hicieron, porque en función de lo que fueron capaces de hacer, pudieron ser. Su identidad social (desempleados) se transformó por fuerza de su identidad política (piqueteros)”<sup>26</sup>.

En los piquetes, fue la acción misma, la enunciación de la acción, la que dibujó la figura del piquetero, y fue mientras el dibujo era trazado, que las condiciones preexistentes –muy angustiantes por cierto– pasaron a un segundo plano. En términos de Deleuze y Guattari, podría decirse que estamos ante un *acto inmanente al lenguaje*. Para el filósofo y el psiquiatra, los actos inmanentes al lenguaje “se definen por el conjunto de *transformaciones incorporales* que tienen lugar en una sociedad determinada, que se *atribuyen* a los cuerpos de la sociedad”<sup>27</sup>. Mostrando ejemplos sobre lo enunciado, los autores incluyen un episodio cotidiano dentro del discurso jurídico: la sentencia de un magistrado. Así, tomando a Ducrot, afirman que “lo que sucede antes, el crimen del que se acusa a alguien, y lo que

<sup>25</sup> Para más detalles sobre los sucesos de Cutral-Có y Plaza Huincul, ver SÁNCHEZ, Pilar, *El cutralcazo. La pueblada de Cutral-Có y Plaza Huincul*, Cuadernos de Editores Ágora, Bs. As., 1997.

<sup>26</sup> SCHUSTER, Federico “Las protestas sociales y el estudio de la acción colectiva” en NAISHTAT, Francisco, NARDACCHIONE, Gabriel, PEREYRA, Sebastián, SCHUSTER, Federico (comps.), *Tomar la palabra. Estudios sobre protesta social y acción colectiva en la Argentina contemporánea*, Ed. Prometeo, Bs. As., 2005, p. 52.

<sup>27</sup> DELEUZE, Gilles, GUATTARI, Félix, *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia* (trad. de José Vázquez Pérez), Ed. Pre-Textos, Valencia, 1994, p. 85.

sucede después, la ejecución de la pena del condenado, son acciones pasiones que afectan los cuerpos (cuerpo de la propiedad, cuerpo del condenado, cuerpo de la prisión); pero la transformación del acusado en condenado es un puro acto instantáneo o un atributo incorporeal, que es el expresado en la sentencia del magistrado<sup>28</sup>. La transformación del desocupado que corta la calle en piquetero también se presenta, en este orden de ideas, como un atributo incorporeal.

Sobre este asunto, Maristella Svampa y Sebastián Pereyra parecen avanzar aún más que lo sugerido por Schuster ya que, cuando analizan los sucesos acaecidos en Mosconi, sostienen que las identidades de trabajador y de piquetero aparecen diferentes, casi contradictorias. Así, afirman que "aun cuando la falta de trabajo comprenda a ambas, un individuo que se define como piquetero se diferencia notablemente de alguien que lo hace en términos de desocupado, pues mientras la categoría de desocupado, como criterio de identificación, produce aislamiento y pasividad —en buena medida como consecuencia de la vergüenza y la imposibilidad de aceptación de la propia condición—, la de piquetero representa un espacio de reconocimiento y construcción común basado en una reivindicación de la dignidad y en un descubrimiento de 'otras capacidades' de organización, de movilización y de presión política"<sup>29</sup>.

Si bien en el Gran Buenos Aires, ya en 1996, organizaciones de desocupados organizaban ollas populares y manifestaciones frente a los edificios municipales en reclamo de alimentos y materiales para construir viviendas, será también a partir de 1997 cuando en el conurbano bonaerense se comienza a registrar los primeros piquetes<sup>30</sup>.

En aquellos primeros momentos, estas protestas se caracterizaron por un poderoso contenido expresivo, pero con una escasa institucionalización y tal vez haya sido por estas características que "los medios de comunicación, el tiempo que nacionalizaron la protesta, cumplieron una función central en la identificación, reconocimiento y normalización de sus protagonistas"<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> DELEUZE, Gilles, GUATTARI, Félix, *op. cit.*, p. 86.

<sup>29</sup> SVAMPA, Maristella, PEREYRA, Sebastián, *Entre la ruta y el barrio. La experiencia de las organizaciones piqueteras*, ed. Biblios, Bs. As., 2003, p. 135.

<sup>30</sup> DELAMATA, Gabriela, *Los barrios desbordados. Las organizaciones de desocupados del Gran Buenos Aires*, Eudeba, Bs. As., 2004, pp. 21-22.

<sup>31</sup> PÉREZ, Germán J., "Pálido Fuego: Hanna Arendt y la declinación de la figura del trabajador en las sociedades contemporáneas. Apuntes sobre los piqueteros en Argentina",

A partir de entonces, y hacia las fechas que nos ocupan en este trabajo, lo cierto es que los denominados "piquetes" así como los "movimientos piqueteros", fueron creciendo de modo exponencial. Si bien es un asunto sobre el que no profundizaré, de modo muy esquemático podría afirmarse que las organizaciones piqueteras se distinguían entre: aquellas que se habían construido a partir de una lógica sindical, como la Federación de Tierra y Vivienda; aquellas que se habían organizado con el aporte de los partidos políticos, así es el caso del Polo Obrero (dependiente del Partido Obrero), Barrios de Pie (Patria Libre), Movimiento Teresa Vive (Movimiento Socialista de los Trabajadores) y el Movimiento Territorial de Liberación (Partido Comunista Argentino) y; aquellas organizaciones generadas a partir de liderazgos barriales, como es el caso del Movimiento de los Trabajadores Aníbal Verón<sup>32</sup>.

No obstante, y para finalizar este apartado, vale destacar que hacia fines diciembre de 2001, el "movimiento piquetero" se encontraba fracturado en dos grandes bloques, que ya se venían perfilando tanto desde la Primera Asamblea Nacional Piquetera reunida el 24 de mayo de 2001 en La Matanza cuanto en la Segunda Asamblea Nacional Piquetera reunida el 4 de septiembre, también en el partido bonaerense de La Matanza. Tras la escisión, la *Asamblea Nacional Piquetera* quedó reducida a la Corriente Clasista y Combativa (CCC) y la Federación Tierra y Vivienda (FTV). Los sectores que abandonaron la *Asamblea* formaron el *Bloque Piquetero Nacional*, que aglutinó al Polo Obrero, el Movimiento Tierra y Liberación y el Movimiento Teresa Vive, entre otros<sup>33</sup>. Lejos de suturarse, la separación se fue intensificando con el transcurso del tiempo.

---

en NAISHTAT, Francisco, NARDACCHIONE, Gabriel, PEREYRA, Sebastián, SCHUSTER, Federico (comps.), *Tomar la palabra. Estudios sobre protesta social y acción colectiva en la Argentina contemporánea*, Ed. Prometeo, Bs. As., 2005, p. 333.

<sup>32</sup> SVAMPA, Maristella, PEREYRA, Sebastián, *Entre la ruta y el barrio. La experiencia de las organizaciones piqueteras*, ed. Biblios, Bs. As., 2003, pp. 54-70. También, de los mismos autores aunque de modo más resumido, "La política de los movimientos piqueteros" en NAISHTAT, Francisco, NARDACCHIONE, Gabriel, PEREYRA, Sebastián, SCHUSTER, Federico (comps.), *Tomar la palabra. Estudios sobre protesta social y acción colectiva en la Argentina contemporánea*, Ed. Prometeo, Bs. As., 2005, p. 348 y *Dimensions of the piquetero experience: Organizations of the Unemployed in Argentina*, disponible en <http://www.maristellasvampa.net/archivos/ensayo18.pdf>, pp. 6-7.

<sup>33</sup> Sobre el tema, ver OVIEDO, Luis *Una historia del movimiento piquetero. De las primeras coordinadoras al argentinazo*, Ediciones Rumbos, Bs. As., 2004, pp. 205-247.

## 2. Las cacerolas

Dentro del repertorio de protestas, los cacerolazos también se erigieron en Argentina como una poderosa novedad, aunque es posible rastrear otros episodios en la región sudamericana.

El 11 de mayo de 1983, y en un contexto de una inflación superior al 20% y una desocupación que alcanzaba el 24%, sectores empobrecidos y medios de la sociedad chilena se manifestaron por las calles de la ciudad de Santiago golpeando sus cacerolas. El gobierno del dictador Augusto Pinochet decidió reprimir la protesta, quedando como saldo del nefasto evento, 29 muertos y más de 200 heridos. En Ecuador, en 1999, también se produjeron sendos cacerolazos en demanda del levantamiento del Estado de Emergencia, el congelamiento de precios, la moratoria de la deuda externa, entre otros reclamos. En abril de 2001, pero en México, también se produjeron cacerolazos en contra del intento del entonces presidente Vicente Fox de gravar más bienes y servicios. Finalmente, el 29 de octubre de 2001, en el marco de paros y movilizaciones en contra de la política económica adoptada por el presidente venezolano Hugo Chávez Frías, también se registraron cacerolazos<sup>34</sup>.

Es interesante destacar que en estos episodios, al igual que en el caso argentino, la amenaza económica sobre los sectores medios de la sociedad ha actuado como detonante de este formato de protesta<sup>35</sup>.

## 3. Recapitulando

Teniendo en cuenta lo anterior, es el momento de realizar un pequeño relato de los registros de diciembre de 2001 y brindar un panorama general de cómo quedarían configuradas las protestas a partir de entonces.

### III. EL CAMINO HACIA EL 28 DE DICIEMBRE

El modo de introducirnos en los episodios de diciembre de 2001, merecería un trabajo separado de éste. No obstante, antes de referirme a los

<sup>34</sup> Cfr. CAFASSI, Emilio, *Olla a presión. Cacerolazos, piquetes y asambleas, sobre el fuego argentino*, Libros del Rojas, Bs. As., 2002, pp. 82-83.

<sup>35</sup> CAFASSI, Emilio, *Olla a presión. Cacerolazos, piquetes y asambleas, sobre el fuego argentino*, Libros del Rojas, Bs. As., 2002, pp.83-84.

poderosos episodios de protesta, tal vez sea menester recurrir a unas líneas que contextualicen el proceso. Estas líneas del relato, y como toda línea, tendrán la arbitrariedad del trazo del autor, que en este caso se iniciará en marzo del 2001.

El 2 de marzo de 2001, el Ministro de Economía del Presidente Fernando De la Rúa, José Luis Machinea, decidió abandonar su cargo y, tres días después, el 5 de marzo, su lugar fue ocupado por Ricardo López Murphy, quien ya formaba parte del gabinete del entonces presidente a cargo del Ministerio de Defensa. Como primera medida en el cargo, López Murphy anunció un poderoso recorte presupuestario en áreas sensibles como la educación. Protestas sociales mediante, a los pocos días debió renunciar al cargo. Tras la salida de López Murphy, el 20 de marzo, y con el apoyo de sectores financieros y el impulso del ex vice-presidente Carlos "Chacho" Álvarez, Domingo Felipe Cavallo asumió al frente del Ministerio de Economía.

En el mes de julio, el gobierno anunció la política del llamado *déficit cero* y dentro de este marco, se dispuso una reducción de los salarios de los empleados públicos y de los jubilados de un 13%<sup>36</sup>. Ante este cuadro de situación, la Confederación General del Trabajo (CGT) en sus dos vertientes, la Central de Trabajadores Argentinos (CTA), la Corriente Clasista y Combativa (CCC), la Federación Agraria, y la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, entre otras organizaciones, convocaron a una huelga general. Sin bien no estaban previstas movilizaciones y cortes de ruta, de todos modos, éstos se llevaron a cabo en diversos puntos del país<sup>37</sup>.

A partir de esta segunda parte del año, depositantes del sistema financiero argentino comenzaron a desviar sus depósitos hacia sistemas financieros del extranjero, algo que se conoce como fuga de capitales. En este contexto es que el 29 de agosto de 2001 el Congreso Nacional sancionó la Ley 25.466,<sup>38</sup> conocida como *ley de intangibilidad de los depósitos*, que

<sup>36</sup> La llamada política de *déficit cero* fue articulada por la Ley 25.453, sancionada y promulgada el 30 de julio de 2001, y estableció reformas en el impuesto al valor agregado, el impuesto a las ganancias, impuesto sobre los créditos y débitos y sobre los combustibles y en la ley de administración financiera. Este norma en su art. 10, y el Dec. 896/01 permitieron la reducción mencionada.

<sup>37</sup> Cfr. IÑIGO CARRERA, Nicolás, COTARELO, María Cecilia, "Génesis y Desarrollo de la insurrección espontánea de diciembre de 2001 en Argentina" en CAETANO, Gerardo (Coord.), *Sujetos sociales y nuevas formas de protesta en la historia reciente de América Latina*, Clacso, Bs. As. 2006, p. 52.

<sup>38</sup> B.O. del 25-09-2001.

fue promulgada el 24 de septiembre. En un texto muy breve, se disponía que los depósitos bancarios eran intangibles, no pudiendo el Estado Nacional modificar las condiciones pactadas entre el depositante y la entidad financiera. Se estipuló, además, que los derechos adquiridos por los depositantes eran de orden público y estaban amparados por el art. 17 de la Constitución Nacional.

El 14 de octubre, en un contexto de marcado desencanto respecto de las expectativas que había generado la *Alianza*, se desarrollaron las elecciones para el recambio legislativo. 42,67% fue la cifra de aquel día, pero no por ser el porcentaje del partido ganador, sino porque representaba el conjunto de quienes no habían concurrido a votar o habían emitido alguna forma de voto negativo –nulo o en blanco–. Los dos partidos políticos mayoritarios, en su conjunto, obtuvieron solamente el 34,6% de los votos. Asimismo, ante la fuerte caída de la *Alianza* “el justicialismo fue considerado el gran ganador de la jornada; no obstante, las cifras alcanzadas (el 36,26% de los votos positivos –27,56% de los emitidos– para diputados nacionales en todo el país) supusieron la recolección de 872.453 sufragios menos que los obtenidos dos años atrás, en la peor elección de su historia”<sup>39</sup>.

En un contexto de poderosa fuga de capitales y para evitar la proliferación de corridas bancarias, el primero de diciembre de 2001, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto 1570/01 mediante el cual, entre otras cosas, se prohibía la extracción en efectivo de más de 250 pesos o dólares de las cuentas en entidades financieras<sup>40</sup>. A partir de esta medida, las protestas

<sup>39</sup> CHERESKY, Isidoro, POUSADELA, Inés, “La incertidumbre organizada. Elecciones y competencia política en Argentina (1983-2003) en CHERESKY, Isidoro, POUSADELA, Inés (eds.), *El voto liberado. Elecciones 2003: perspectiva histórica y estudio de casos*, Ed. Biblios, Bs. As., 2004, p. 26.

Es importante recordar que este comportamiento electoral se repitió en las elecciones legislativas del 2003. Como recuerda Cheresky, “la abstención que había sido del 25,58% en 2001, había bajado al 21,78% en las presidenciales de 2003, pero en las legislativas en su conjunto alcanzó un promedio superior a los precedentes: 28,50%. Por su parte, el voto en blanco que había alcanzado al 10,76% en 2001, fue insignificante en las presidenciales -0,99%- pero en las legislativas alcanzó un promedio record del 12,74%.” CHERESKY, Isidoro, “De la crisis de representación al liderazgo presidencialista. Alcances y límites de la salida electoral de 2003” en CHERESKY, Isidoro, POUSADELA, Inés (eds.), *El voto liberado. Elecciones 2003: perspectiva histórica y estudio de casos*, Ed. Biblios, Bs. As., 2004, p. 61.

<sup>40</sup> Dec. 1570/01, art. 2 inc. a. De acuerdo con el texto del decreto la restricción sería hasta que finalizara el canje de deuda que se estaba desarrollando. Ver art. 9 del dec. 1570/01 y art. 24 del Dec. 1387/01.

y el repudio hacia los miembros del gobierno comenzarían a aumentar y, desde el 12 de diciembre, los episodios de protesta serían constantes, multitudinarios y atravesarían todos los puntos del país<sup>41</sup>.

A continuación ensayaré un breve relato de los fenómenos desarrollados entre el 12 y el 28 de diciembre. La fuente del relato serán tanto los diarios *Clarín*, *La Nación* y *Página/12* cuanto algunos trabajos que han analizado el período. A diferencia del modo en que presentaré el relato a partir del 28 de diciembre de 2001 –es decir, a partir de que los jueces de la Corte Suprema adquirieron una gran notoriedad en el centro de los reclamos–, en vistas a proponer una lectura más ágil del relato, no citaré las crónicas, como si lo haré a partir del 28 de diciembre.

El miércoles 12 de diciembre, y desde las primeras horas de la mañana, organizaciones de desocupados cortaron rutas en el Gran Buenos Aires, Tucumán, Rosario y Mar del Plata. Por la noche, en las ciudades de Buenos Aires, Jujuy, La Plata, Mar del Plata, Rosario, Salta y Santiago del Estero. Asimismo, pero por la noche, se concretó un fuerte acatamiento al apagón convocado por la Coordinadora de Actividades Mercantiles Empresarias (CAME).

El jueves 13 de diciembre se produjo una importante adhesión –entre el 55 y el 90% de acuerdo con diferentes fuentes– a la séptima huelga general contra el gobierno, convocada por la Confederación General del Trabajo (CGT) –tanto por la línea que encabezaba Hugo Moyano como por la que lideraba Rodolfo Daer– y la Central de Trabajadores Argentino (CTA), entre otras organizaciones. También se desarrollaron importantes movilizaciones, y en algunos casos destrozos y enfrentamientos con la policía, en Córdoba, La Plata, Neuquén, Pergamino, Rosario. Aquel día, en Mendoza, los medios dieron cuenta del primer saqueo a un supermercado.

El viernes 14 se repitieron los saqueos a comercios en Mendoza, a los que se agregó un saqueo en la ciudad de Rosario. El sábado 15, a la vez que los comercios comenzaban a abrir sus puertas con custodia policial, se producían saqueos en Guaymallén (Mendoza) y en Concordia (Entre Ríos), mientras que en Avellaneda (Gran Buenos Aires) un hipermercado

<sup>41</sup> Para un buen detalle de los episodios de protestas acaecidos entre el 12 y el 20 de diciembre, ver INIGO CARRERA, Nicolás, COTARELO, María Cecilia, "Génesis y Desarrollo de la insurrección espontánea de diciembre de 2001 en Argentina" en CAETANO, Gerardo (Coord.), *Sujetos sociales y nuevas formas de protesta en la historia reciente de América Latina*, Clacso, Bs. As. 2006, pp. 54-63.



entregaba alimentos para evitar el saqueo. El domingo 16 se repitieron los saqueos en Las Heras (Mendoza), en Concordia y en Rosario.

En la madrugada del lunes 17 de diciembre estalló un artefacto lanza-panfletos en un local de Acción por la República –partido que había sido fundado por el entonces Ministro de Economía, Domingo Felipe Cavallo–. Los panfletos decían: *se van o los echamos*. Durante el día, se llevaron a cabo concentraciones exigiendo paquetes de comida en Avellaneda, Quilmes y La Matanza (Gran Buenos Aires), Concordia (Entre Ríos), Godoy Cruz y Guaymallén (Mendoza). El martes 18, estas concentraciones se vieron multiplicadas y a los lugares ya nombrados se sumaron: San Lorenzo (Neuquén), Villa Martelli y Boulogne (Gran Buenos Aires), Santa Fe, Salta y Termas de Río Hondo (Santiago del Estero). En el barrio porteño de Villa Pueyrredón, por otro lado, los vecinos protagonizaron un cacerolazo y luego realizaron una asamblea.

El miércoles 19 de diciembre fue un día marcado por los cortes de ruta y los saqueos. Se produjeron cortes de ruta en Tucumán, Entre Ríos, Fontana (Chaco), Corrientes, Luján de Cuyo (Mendoza), Cipoletti (Río Negro), Córdoba y en la Ciudad de Buenos Aires. En igual sentido, los saqueos se multiplicaron a lo largo y a lo ancho del territorio: mientras que el lunes 17 se habían producido 17 episodios y durante el martes 18, el número ascendió a 26 y, finalmente, el 19 de diciembre se registraron 319 saqueos<sup>42</sup>. A partir de las 19 hs., comenzaron a registrarse protestas en barrios porteños, pero fue a partir de la declaración de Estado de Sitio dispuesta por el Poder Ejecutivo, y en clara desobediencia y réplica a la medida, cuando las protestas se multiplicaron<sup>43</sup>. Se produjeron cacerolazos en numerosos barrios

<sup>42</sup> Ver IÑIGO CARRERA, Nicolás, COTARELO, María Cecilia, "Génesis y Desarrollo de la insurrección espontánea de diciembre de 2001 en Argentina" en CAETANO, Gerardo (Coord.), *Sujetos sociales y nuevas formas de protesta en la historia reciente de América Latina*, Clacso, Bs. As. 2006, p. 64.

A más abundamiento sobre los episodios de los saqueos ocurridos entre el 13 y el 22 de diciembre, los autores detallan que "no hay mucha precisión sobre la cantidad de muertos en los saqueos. Según la información periodística, veintinueve personas resultaron muertas, hubo centenares de heridos y cuatro mil quinientos detenidos; casi dos tercios de ellos en la provincia de Buenos Aires, incluyendo el GBA (Clarín, 2002c). Sin embargo, en la mayoría de las acciones (74,3% del total de 584) no se produce confrontación entre saqueadores y policías, comerciantes o vecinos; sí la hay en el 19% (en el 6,7% no hay datos)." IÑIGO CARRERA, Nicolás, COTARELO, María Cecilia, *op. cit.*, p. 67.

<sup>43</sup> En este sentido, Carrera y Cotarelo sostienen que "el llamado *cacerolazo* que recorre las principales ciudades del país puede conceptualizarse como *manifestación pacífica de*

porteños –que confluyen en la Plaza de los dos Congresos y en la Plaza de Mayo–, en Córdoba, Mar del Plata, Rosario, Bahía Blanca, Tucumán, Santa Fe, La Plata y Santa Rosa (La Pampa). En las primeras horas del jueves 20 se hizo pública la renuncia del Ministro de Economía, Domingo Cavallo.

Aquel jueves 20 de diciembre estuvo signado por enfrentamientos entre manifestantes y miembros de las fuerzas de seguridad. En la Ciudad de Buenos Aires, los enfrentamientos tuvieron epicentro en las proximidades de la Plaza de Mayo y el Obelisco. Alrededor de la 1 de la mañana, la Policía Federal disparó balas de goma y arrojó gases lacrimógenos para dispersar a los manifestantes que se encontraban en Plaza de Mayo festejando la renuncia de Cavallo. Horas más tarde, pero esta vez en la Plaza de los dos Congresos, la Policía Federal volvió a arrojar gases y disparar balas de goma. A las 9:30 la Policía Federal reprimió nuevamente a manifestantes en Plaza de Mayo y, a las 11:40, la Policía montada atacó a quienes se manifestaban en las cercanías de la Pirámide de Mayo, entre ellas las Madres de Plaza de Mayo<sup>44</sup>.

Desde entonces, es decir a partir del mediodía, la Policía Federal mantuvo cercada la Plaza de Mayo y ante cualquier aproximación a la Plaza –y a sus cercanías– por parte de manifestantes, respondió disparando con balas de goma y gases lacrimógenos. A partir de las 16:30, los enfrentamientos entre la Policía y los manifestantes se concentraron en las cercanías del Obelisco y hacia las 17hs., la Plaza se encontraba prácticamente vacía. En medio de estos enfrentamientos, el Presidente De la Rúa renunció a su cargo y minutos antes de las 20hs. se retiró de la Casa Rosada en helicóptero.

---

*masas*. La rebelión se mantiene fuera del sistema institucional: en tanto es el rechazo práctico al estado de sitio significa el desconocimiento de las decisiones del gobierno, tanto del Ejecutivo que lo declara, como del Legislativo, que lo convalida." INIGO CARRERA, Nicolás, COTARELO, María Cecilia, *op. cit.*, p. 78.

<sup>44</sup> La primera manifestación de las Madres en la Plaza de Mayo se produjo el 30 de abril de 1977, con la reunión de un grupo de mujeres que cargaban con el drama común de haber sufrido el secuestro de sus hijos. Aquel día fue un sábado, pero dado que entendieron que era un día de poco movimiento en la plaza, decidieron manifestarse, marchando alrededor de la Pirámide de Mayo en sentido contrario a las agujas del reloj, los días jueves. Aquel jueves 20 de diciembre, pues, las madres se encontraban en la Plaza de Mayo. Una buena reseña de la génesis de las Madres de Plaza de Mayo en GALANTE, Miguel, LUQUE, Beatriz y FUKS, Marcela, "Sobre terrorismo de Estado y resistencia: los orígenes de Madres de Plaza de Mayo", *Movimientos sociales. Experiencias históricas. Tendencias y conflictos*, Anuario 21, Homo Sapiens Ediciones, Rosario, 2006.

Las cifras que se dieron a conocer en los diarios, respecto de detenidos, heridos y muertos fueron muy dispares: "los diarios sólo coinciden en contar cinco muertos entre los manifestantes y cincuenta policías heridos; las cifras de heridos entre los manifestantes difieren entre noventa (quince de ellos por balas de plomo) según *Clarín*, ciento cincuenta (veinticinco con heridas de bala) según *Crónica*, cincuenta (quince heridos de bala) según *Diario Popular*, ciento dos (cuarenta y uno de bala) según *La Nación* y ciento ochenta y dos (doce de bala) según *La Prensa*. Los detenidos son setenta (*Clarín* y *Diario Popular*), cincuenta y nueve (*Crónica*), cincuenta y siete (*La Prensa*) o cincuenta y cinco (*Página/12*)<sup>45</sup>.

El viernes 21, mientras la jueza Servini de Cubría y el juez Norberto Oyarbide prohibían la salida del país de De la Rúa, 14 gobernadores y legisladores del Partido Justicialista elaboraban un documento para presentar en la Asamblea Legislativa, proponiendo la convocatoria a elecciones generales para el 3 de marzo de 2002 con el sistema electoral de lemas y nombrando a Adolfo Rodríguez Saa presidente de la Nación hasta esa fecha. Por otro lado, hacia las 19hs., un grupo de motoqueros acompañado por la agrupación HIJOS, se aglutinaron en las cercanías del obelisco para rendir homenaje a los caídos en la represión del día anterior.

El sábado 22 comenzó a sesionar la Asamblea Legislativa, que el domingo por la madrugada, con el voto de 169 legisladores, nombró a Adolfo Rodríguez Saa como Presidente de la Nación por el plazo de 90 días, tras lo cual se celebrarían elecciones bajo el sistema de lemas. Entre otros asuntos, en su discurso de asunción, el hasta ese entonces Gobernador de la Provincia de San Luis, anunciaba el cese del pago de la deuda externa, afirmando que el ahorro de dinero que la medida implicaría, sería destinado a planes sociales. En las jornadas subsiguientes, el nuevo Presidente se reuniría con la Asociación de Madres de Plaza de Mayo y con Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora, con los líderes de la Corriente Clasista y Combativa (CCC) y de la Federación de Tierra y Vivienda (FTyV) y con la Confederación General del Trabajo (CGT).

<sup>45</sup> IÑIGO CARRERA, Nicolás, COTARELO, María Cecilia, *op. cit.*, p. 86. Un detalle de los nombres de los muertos en los enfrentamientos en MARIOTTI, Daniela, COMELLI, María, PETZ, María Inés, WAHREN, Juan, GIARRACA, Norma y TEUBAL, Miguel, *Tiempos de Rebelión: "Que se vayan todos"*. *Calles y plazas en la Argentina: 2001-2002*, ed. Antropofagia, Bs. As., 2007, pp. 151-154.

Si bien los episodios de protesta habían disminuido su intensidad, lo cierto es que no habían desaparecido. En este orden de ideas, en la Ciudad de Buenos Aires, el 27 de diciembre se realizó una conmemoración de los muertos por la represión del 19 y 20 de diciembre, en la cual participaron la agrupación HIJOS, Madres de Plaza de Mayo – Línea Fundadora, Abuelas de Plaza de Mayo, la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación (UEJN), la Coordinadora Contra la Represión Policial e Institucional (CORREPI), partidos de izquierda y un grupo de motoqueros. En este episodio se leía una pancarta que, casi como un prelude de lo que ocurriría al día siguiente, decía: “*echamos a Cavallo, echamos a De la Rúa. Ahora es el turno de la Corte Suprema de Justicia*”.<sup>46</sup>

#### IV. LAS PROTESTAS FRENTE AL PALACIO DE TRIBUNALES

El viernes 28 de diciembre del 2001 suele recordarse por aquel cacero-lazo nocturno con epicentro en la Plaza de Mayo que forzó la renuncia del entonces jefe de asesores de la Jefatura de Gabinete, Carlos Grosso –quien había sido nombrado por el entonces presidente Adolfo Rodríguez Saa–. No obstante, aquella fecha guarda otros dos eventos importantes: fue la primera vez que la Corte Suprema de Justicia de la Nación analizó –aunque no en profundidad– un caso sobre el llamado “corralito financiero”<sup>47</sup> y fue la primera vez que se produjo una manifestación en contra de los jueces de la Corte Suprema.

##### 1. La primera protesta frente a la Corte Suprema

En un trabajo desarrollado por el Grupo de Estudios sobre Protesta Social y Acción Colectiva del Instituto de Investigaciones Gino Germani, dirigido por Federico Schuster se lee que, “por primera vez en la historia

<sup>46</sup> SCHUSTER, Federico *et. al.*, *La trama de la crisis. Modos y formas de protesta social a partir de los acontecimientos de diciembre de 2001*, Informe de coyuntura n°3, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Bs. As., 2002, p. 41.

<sup>47</sup> Se trata del conocido caso “Kiper”. La causa, que tramitaba en el Juzgado Contencioso Administrativo Federal n°6 de la Capital Federal, tenía la carátula “Kiper, Claudio Marcelo y otros c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) – Decreto 1570/01 s/ medida cautelar autónoma” y llegó a la Corte Suprema, en aplicación del art. 195 bis del Código Procesal civil y Comercial, con la carátula “Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/solicita se declare estado de emergencia económica”, Fallos 324:4520.

argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estuvo en el centro de las demandas de la protesta social. La ira popular se desató cuando sus integrantes respaldaron la vigencia del corralito a través de un fallo que rechazaba el pedido de un ahorrista que accionó judicialmente para disponer de sus ahorros. El repudio a la Corte tenía, no obstante, antecedentes cercanos: la misma Corte había dictaminado el 20 de noviembre de 2001 que no estaba probado que el ex presidente Carlos Saúl Menem fuera el jefe de una asociación ilícita que organizara el tráfico de armas a Ecuador y Croacia y habilitara su liberación después de largos meses de arresto domiciliario<sup>48</sup>.

En esta primera manifestación frente a la Corte Suprema, convocada por la Asociación de Abogados Laboralistas (AAL), alrededor de las 13hs al menos unas 500 personas se agruparon para exigir la renuncia de los integrantes del máximo tribunal. Pancartas y banderas con inscripciones tales como "fuera la Corte corrupta" o "Argentinos: ya echamos a Cavallo y a De la Rúa, ahora le toca a la Corte corrupta y alcahueta de Menem" decoraron aquel primer cacerolazo frente al Palacio de Tribunales<sup>49</sup>. El diario *Clarín* del domingo 30 de diciembre de 2001 relata que el "nuevo capítulo de protestas, y la violencia que le siguió, se inició el viernes con una inédita manifestación en Tribunales contra una Corte Suprema acusada de parcialidad y de sostener fallos políticos"<sup>50</sup>. En este sentido, una de las manifestantes –Liliana–, explicaba que "esta Corte no ha defendido a la gente, sólo ha favorecido a Menem, pedimos Justicia para todos"<sup>51</sup>. "Justicia para todos" será el nombre que finalmente adoptó la asamblea que funcionó en el marco de las protestas frente al Palacio de Tribunales.

Asimismo, el reclamo en contra de los jueces de la Corte Suprema también estuvo presente en el citado cacerolazo que terminó con la renuncia de

<sup>48</sup> SCHUSTER, Federico *et. al.*, *La trama de la crisis. Modos y formas de protesta social a partir de los acontecimientos de diciembre de 2001*, Informe de coyuntura n°3, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Bs. As., 2002, p. 43.

<sup>49</sup> Cfr. Diario *La Nación* del 29 de diciembre de 2001, "Cacerolazo frente a los tribunales", sección política y Diario *Página/12* del 29 de diciembre de 2001, "La cacerola también resonó en Tribunales". En el Diario *La Nación* se habla de 500 manifestantes, mientras que en *Página/12* de más de 1000.

<sup>50</sup> Nota firmada por Guido Braslavsky, Diario *Clarín* del 30 de diciembre de 2001, "El poder de las cacerolas y el contraste de la agresión", sección política.

<sup>51</sup> Citado en Diario *Página/12* del 29 de diciembre de 2001, "La cacerola también resonó en Tribunales".

Grosso<sup>52</sup>. Nuevamente, el diario *La Nación* relata que –y en esta oportunidad bajo el título de “Otro cacerolazo pidió renuncias y el final del ‘corralito’”– “los argentinos están molestos y se quejan por la prolongada recesión (ya tiene 40 meses), el ‘corralito’ que rige sobre los depósitos bancarios y las ‘viejas caras de la política’ que integran el gabinete del presidente Adolfo Rodríguez Saá. Algunos reclaman la renuncia de los ministros de la Corte Suprema de Justicia, que ayer convalidaron las restricciones para la extracción de efectivo, y otros exigen que se vaya de inmediato el ex intendente porteño y actual jefe de asesores de la Jefatura de Gabinete, Carlos Grosso, que anoche presentó su renuncia”<sup>53</sup>. En este sentido, junto con los carteles confeccionados a mano en los que se leía “Basta de Corrupción” o “Nadie votó a Menem, Grosso, Manzano, Daer y Moyano”, una de las pancartas rezaba “¡Qué se vaya la Corte Suprema!”<sup>54</sup>

Es también en el diario *La Nación* donde se lee el muy breve relato de un hombre que por segunda vez había salido a las calles a protestar con sus cacerolas. La primera vez, según se narra en la noticia, había sido en la noche que renunció una figura de gran relevancia política como fuera Domingo Felipe Cavallo, y esta segunda vez era para reclamar la renuncia

<sup>52</sup> De acuerdo con el citado trabajo del Grupo de Estudios de sobre Protesta social y Acción Colectiva, Las razones que impulsaron la movilización de aquella noche fueron: el corralito, la corrupción, la ley de lemas, la permanencia de los jueces de la Corte Suprema, la reaparición de dirigentes vinculados al menemismo, y la proximidad del gobierno con los sectores más cuestionados del sindicalismo. SCHUSTER, Federico *et. al.*, *La trama de la crisis. Modos y formas de protesta social a partir de los acontecimientos de diciembre de 2001*, Informe de coyuntura n°3, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Bs. As., 2002, p. 44.

<sup>53</sup> Cfr. Diario *La Nación* del 29 de diciembre de 2001, sección política. En el mismo sentido, en el diario *Clarín* se relata que “el estallido social del 19 y 20 de diciembre había personalizado sus críticas en el ex presidente Fernando de la Rúa y el ex ministro de Economía Domingo Cavallo, entre otros dirigentes políticos. Pero el viernes muchas de las consignas y carteles protestaban contra la Corte, el ex presidente Carlos Menem, el ex intendente porteño Carlos Grosso y la crítica situación económica emblemática en el ‘corralito’ a los plazos fijos y a los sueldos. En la historia doméstica, siempre las protestas fueron contra ministros de Economía, presidentes o algún juez por algún caso muy sonado y específico, pero nunca contra los nueve ministros del máximo tribunal de Justicia.” Diario *Clarín* del 30 de diciembre de 2001, “Por primera vez, la Corte estuvo en el centro de una protesta social”, nota firmada por Daniel Santoro, sección política.

<sup>54</sup> Cfr. Diario *Página/12* del 30 de diciembre de 2001, “Yo duermo con la cacerola bajo la almohada”, nota firmada por Luis Bruschtein.

de los integrantes de la Corte Suprema. Así el diario relata que "en Coronel Díaz y Santa Fe, Raúl Giménez, de 51 años, contó que es la segunda vez en su vida que sale a protestar con un utensilio de cocina. La primera vez fue la noche en que renunció Cavallo. 'Estos que están ahora son peores que los anteriores. Son unos sinvergüenzas e hijos de p... La Corte Suprema no tiene vergüenza', dijo mientras caminaba rumbo al Obelisco junto con otros vecinos enojados"<sup>55</sup>.

He aquí, pues, en estas crónicas que relatan lo sucedido aquel 28 de diciembre. Día curioso, extraño, complejo de explicar. Protestas frente al Palacio de Justicia, pero también cacerolazos que piden renuncias de figuras políticas altamente cuestionados –como Grosso– y a la vez, simultáneamente, en el mismo acto, la renuncia de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cacerolazos que exigían la derogación de una medida de corte netamente político como el llamado "corralito financiero" y, a la vez, la renuncia de los jueces del máximo tribunal. Una persona que salió a manifestarse en sólo dos oportunidades a lo largo de su vida: la primera para reclamar la renuncia del, por entonces, tenido como responsable de la crisis económica –Domingo Felipe Cavallo– y la segunda para expresar su parecer respecto de los miembros de la Corte Suprema. Un grupo de abogados que identifican a un grupo de jueces con todo un modelo económico.

Parecería, pues, que en estos reclamos, en estas manifestaciones, en el calor del descontento, se produce una confusión, una superposición, una asimilación entre política y justicia, entre políticos y jueces. Incluso, cuando entrevisté a Luis Ramírez, por entonces presidente de la AAL, narraba que uno de los motivos que los había impulsado a organizar esta primera y las subsiguientes manifestaciones era la participación de la Corte, en lo que denominara el *circo político*. Así Ramírez me explicaba que "veníamos de un proceso de acumulación de broncas, de broncas y lo peor, me parece a mí, más que las broncas era de la sensación de impotencia, por que vos decías bueno, si ya la Corte Suprema, si ya la justicia participa del circo político no tenemos ninguna salida, estábamos como atrapados (...) cuando ya la justicia participa de la mafia, estamos indefensos, ya no hay nada que hacer, entonces nos parecía mucho más grave todavía esta justicia dependiente, corrupta, que incluso cualquier tema de los poderes políticos.

<sup>55</sup> Diario *La Nación* del 29 de diciembre de 2001, "Otro cacerolazo pidió renuncias y el final del 'corralito'", sección política.

Lo que no sabíamos era si la gente eso lo podía llegar a entender, esta fue la sorpresa nuestra"<sup>56</sup>.

La protesta en la entrada principal del Palacio de Justicia, tal como adelanté, había sido convocada por la Asociación de Abogados Laboralistas, que por ese entonces estaba presidida por Luis Enrique Ramírez —quien ya había sido presidente de la institución entre 1990 y 1992—. La Asociación ya había dado a conocer su descontento con los jueces de la Corte Suprema cuando hacia el mes de noviembre de 2001, comenzaba a instar un juicio político a los magistrados del alto tribunal. En este sentido, en un comunicado de noviembre de aquél año, se invitaba a diversas organizaciones y asociaciones —principalmente a Colegios de Abogados— a analizar la posibilidad de que los integrantes de la Corte Suprema de Justicia fuesen sometidos a un juicio político.

En aquél comunicado, se aseveraba que la sociedad argentina no sólo tendría que estar conmocionada por la liberación de Emir Yoma dispuesta por el tribunal, sino por su complacencia hacia el Poder Ejecutivo, por permitir el despojo patrimonial de los ciudadanos, y por convalidar la destrucción del derecho del trabajo. Sobre último punto, el comunicado aseveraba "(q)ue la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha convalidado la destrucción del Derecho del Trabajo, del principio protectorio que configura la columna vertebral del mismo, ha autorizado bajo diversas formas el fraude a los trabajadores, el despojo de sus créditos, la rebaja de sus remuneraciones y la renuncia de sus derechos, haciéndose de este modo partícipe de la inestabilidad laboral, la marginación, la desocupación y el creciente desempleo—"<sup>57</sup>.

Consecuente con aquél comunicado, a partir del 30 de noviembre, los integrantes de la AAL habían comenzado a cursar invitaciones para conformar una "Junta Promotora del Juicio Político a la Corte Suprema de Justicia de la Nación"<sup>58</sup>. Poco a poco, y durante el transcurso de los primeros meses

<sup>56</sup> Entrevista realizada a Luis Ramírez el 28 de abril de 2009.

<sup>57</sup> ASOCIACIÓN DE ABOGADOS LABORALISTAS, *Juicio político a la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, disponible en <<http://www.aal.org.ar/HOME.asp>>.

<sup>58</sup> ASOCIACIÓN DE ABOGADOS LABORALISTAS, *Juicio político a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se inició la conformación de la Junta Promotora*, disponible en <<http://www.aal.org.ar/HOME.asp>>.

Entre los destinatarios de las invitaciones estaban Atilio Alterini, del Colegio Público de Abogados de Buenos Aires; Quique Pessoa, de la Asociación Americana de Juristas; José María Pizzorno, de la Asociación de Abogados de Buenos Aires; Francisco Iturraspe, de la



del año 2002, a la Junta se sumaron la Asociación de Abogados de Buenos Aires, la Asociación de Abogados Previsionalistas, la Asociación Americana de Juristas, la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas, la Federación Judicial Argentina, la Central de Trabajadores Argentinos y las Madres de Plaza de Mayo (Línea Fundadora).

Es en este contexto, pues, que la AAL convocó para el jueves 28 de diciembre a las 13hs. a realizar un cacerolazo en las escalinatas de la puerta principal del Palacio de Tribunales. La AAL, durante varios meses, siguió convocando a estos cacerolazos todos los jueves –excepto el jueves 3 de enero–, pero a las 17hs., ya que las 13hs era un horario que resultaba cómodo solamente para los abogados, por ser las 13:30 el cierre de los tribunales de la Justicia Nacional Ordinaria y de la Justicia Federal. Asimismo, vale aclarar que las convocatorias ya no serían en las escalinatas del Palacio sino en la Plaza Lavalle, porque la convocatoria que las protestas supieron lograr, desbordaba ampliamente el tamaño de las escaleras.

En *La causa laboral*, publicación de la Asociación de Abogados Laboralistas, en el número correspondiente al mes de marzo, el propio Ramírez narra que “empezaron a llegar a Plaza Lavalle y a las escalinatas del Palacio personas que no eran trabajadores de tribunales, ni funcionarios, ni abogados, ni empleados de estudios jurídicos, ni clientes, ni amigos (...) comerciantes, desocupados, psicólogos, obreros, estudiantes universitarios de diferentes carreras, licenciados en informática, empleados, vendedores ambulantes, libreros de la plaza”<sup>59</sup>.

Finalmente, parecería ser que frente a la Corte Suprema de Justicia, el reclamo por “que se vayan todos” aparecía dotado de un contenido preciso. En este sentido, y analizado el proceso iniciado hacia fines de 2001, Horacio González sugiere que “‘Que se vayan todos’ es otro de los dilemas, porque la gran relevancia de ese enunciado es que no tiene objeto (...) Entonces, cuando se lo dice frente a la Corte de Justicia, allí parece adquirir su objeto: los miembros de la corte, efectivamente, que se vayan”<sup>60</sup>.

---

Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas; la Federación Argentina de Colegios de Abogados, entre otros. Cfr. SINGMAN, Ezequiel, *Justicia para todos. Cómo cayó la Corte menemista*, Euros editores, Bs. As., 2008, p. 45.

<sup>59</sup> RAMÍREZ, Luis Enrique en Revista *La Causa Laboral*, edición bimestral de la AAL, Año I, N°3, p. 39, marzo de 2002.

<sup>60</sup> GONZÁLEZ, Horacio, *Problemas y desafíos* en COLECTIVO SITUACIONES, 19 y 20. *Apuntes para el nuevo protagonismo social*, ed. De mano en mano, Bs. As., 2002, pp. 50-51.

## 2. ¿La primera protesta?

La recién narrada fue la primera protesta frente a la Corte Suprema, pero no por ello habría que dejar de reseñar un episodio acaecido sólo un mes antes de aquel 28 de diciembre. Este episodio marcó lo que luego sería la conformación de la Asamblea Vecinal de Palermo Viejo.

El miércoles 21 de noviembre de 2001, los medios informaban que la Corte Suprema había revocado la prisión preventiva domiciliaria que Carlos Saúl Menem cumplía desde el 7 de junio de aquel año en una quinta situada en la localidad de Don Torcuato. Si bien esto era lo que informaban los titulares, lo cierto es que, técnicamente, la liberación de Menem no había sido dispuesta por la Corte. El martes 20 de noviembre, el máximo tribunal resolvió el caso "Stancanelli"<sup>61</sup> y ordenó revocar el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que había confirmado la resolución de primera instancia que, en su oportunidad, había dispuesto el procesamiento y la consecuente prisión preventiva de Emir Fuad Yoma, imputado por el delito de asociación ilícita en carácter de organizador. Resumidamente, puede afirmarse que tanto en el voto de la mayoría de los jueces –Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Augusto C. Belluscio, Guillermo A. F. López y Adolfo R. Vázquez– cuanto en el del Boggiano, se sugiere que en la resolución recurrida no se encontraban alcanzados los requisitos que configuraban el tipo en cuestión<sup>62</sup>.

Ante este fallo de la Corte Suprema, y ese mismo día, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal ordenó la liberación del ex Presidente de la Nación.

Pocos días después de aquella liberación, Elisa Carrió y Luis Zamora convocaron a un cacerolazo frente al Congreso Nacional en rechazo a la sentencia de la Corte Suprema. Si bien la liberación del ex Presidente fue extensamente difundida en los diarios<sup>63</sup> –e incluso fue motivo

<sup>61</sup> CSJN, "Stancanelli, Néstor Edgardo y otro s/ abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público s/ incidente de apelación de Yoma, Emir Fuad –causa n° 798/95", Fallos 324:3952, La Ley 2001-F, 834.

<sup>62</sup> Cfr. cons. 7 y 8 del voto de la mayoría y 6, 7 y 8 del voto de Boggiano. Ver también COLAUTTI, Carlos E., "Precisiones sobre el delito de asociación ilícita", *La Ley* 2002-A, 236 y GARCÍA TORRES, Tristán, "Algunas consideraciones sobre el delito de asociación ilícita y el bien jurídico protegido", *La Ley* 2002-B, 186.

<sup>63</sup> Así diario *Clarín* del 21 de noviembre de 2001, "Menem quedó libre gracias a una decisión de la Corte", sección política, nota firmada por Gerardo Youn, "Al liberar a Menem,

de editoriales<sup>64</sup> la convocatoria al cacerolazo fue solamente reseñada, y de modo muy escueto, por *Página/12*. Además de esta breve reseña, los diarios reflejaron las opiniones de figuras etiquetadas como políticas<sup>65</sup>, sindicalistas<sup>66</sup> y juristas<sup>67</sup>. Del mismo modo, también se informó, y sin mayores detalles, respecto de la existencia de pintadas con aerosol en las inmediaciones de la Corte Suprema que decían "Nazareno + Menem= Asociación Ilícita"<sup>68</sup>.

---

la Corte fue muy dura con la Cámara, el fiscal y el juez", sección política, nota firmada por Silvina Bosch, "Postales de los días de obligado encierro en la quinta del amigo", sección política, nota firmada por Pablo Calvo, "Demasiadas emociones para un largo primer día en libertad", sección política, nota firmada por Alberto Mato, y del 22 de noviembre de 2001, "Urso sigue investigando los bienes de Menem, pero no indagará a Emir", sección política, nota firmada por Daniel Santoro.

Diario *La Nación* del 21 de noviembre de 2001, "Un fallo de la Corte puso en libertad de Menem", sección política, nota firmada por Laura Zommer, "Volverá al juego que más le gusta", sección política, nota firmada por Martín Dinatale, "La Corte le abrió la puerta a Menem", sección política, "El ex presidente dará batalla en el PJ", sección política, nota firmada por Paola Juárez, "Sepa que nunca le quise hacer daño", sección política, "Poco quedó en pie de un caso judicial con futuro incierto", sección política, nota firmada por Jorge Urien Berri, "Todavía se investiga el enriquecimiento ilícito", sección política, y del 22 de noviembre de 2001, "La Corte Suprema quiso enviar una señal para toda la justicia", sección política, nota firmada por Adrián Ventura, "Emir Yoma demandará al Estado y Menem querellará a varios testigos", sección política, nota firmada por Laura Zommer, "Continúa la investigación de Urso", sección política, nota firmada por Jorge Urien Uberri.

Diario *Página/12* del 21 de noviembre de 2001, "Muy duros con todos, menos con los acusados", sección el país, nota firmada por Irina Hauser, "Lo que no ven los ojos vendados", sección el país, nota firmada por Eduardo Tagliaferro, "La causa de armas después de ser dinamitada", sección el país, nota firmada por Eduardo Tagliaferro, "El día que Menem esperó por más de cinco meses", sección el país, nota firmada por Martín Piqué, y del 22 de noviembre de 2001, "Urso y Cardetti, en la agenda", sección el país, nota firmada por Eduardo Tagliaferro "El menemismo quiere que Urso y Stornelli 'paguen'", sección el país, nota firmada por Susana Viau.

<sup>64</sup> Diario *Clarín* del 22 de noviembre de 2001, "La Justicia en el caso de las armas" y Diario *La Nación* del 22 de noviembre de 2001, "El proceso a Menem".

<sup>65</sup> Diario *La Nación* del 21 de noviembre de 2001, "Sin términos medios", sección política.

<sup>66</sup> Diario *Clarín* del 22 de noviembre de 2001 "Bronca y dolor", sección política.

<sup>67</sup> Diario *La Nación* del 21 de noviembre de 2001, "Dispar opinión de juristas", sección política.

<sup>68</sup> Diario *Página/12* del 24 de noviembre de 2001, "Casación dio marcha atrás con la causa de enriquecimiento ilícito", sección el país, nota firmada por Eduardo Tagliaferro.

Elisa Carrió, Diputada Nacional y líder por aquel entonces del partido Afirmación por una República Igualitaria (ARI), reclamaba por la iniciación del juicio político a algunos miembros del tribunal. Así, *Clarín* publicaba que "Carrió y su colega del ARI Graciela Ocaña, entre otros, están preparando un pedido para sostener que el presidente de la Corte, Julio Nazareno, y su colega Adolfo Vázquez, 'cometieron un delito al no excusarse de la votación por las relaciones societarias o de amistad que tuvieron con Menem'. La denuncia también incluirá a 'los otros cuatro ministros que permitieron que votaran Nazareno y Vázquez, pero en calidad de cómplices', dijo Ocaña"<sup>69</sup>.

Respecto del cacerolazo que se convocaba para el viernes a las 20 hs. en contra de la decisión judicial que devino en la liberación de Menem, el Diputado Nacional electo por la Ciudad de Buenos Aires y titular del Partido Autodeterminación y Libertad, Luis Zamora, sostuvo que "la gente iba por la calle mascullando bronca con impotencia, por eso se nos ocurrió que había que exteriorizarla" por lo que proponía que "los vecinos salgan al balcón a tocar pitos y matracas", y que "los automovilistas toquen sus bocinas"<sup>70</sup>. A las 20 hs. estaba programada una concentración frente al Congreso Nacional y si bien en el acto no habría oradores, sí se esperaba la presencia de ciertos personajes públicos como Norman Brisiki, Tato Pavlovsky, Cristina Banegas, Héctor Bidonde, Luis Zeembroski y Elisa Carrió.

Después de aquel cacerolazo, un grupo de vecinos decidieron "volver a reunirse la semana entrante a la misma hora y en el mismo lugar para continuar manifestándose en repudio al dictamen que consideran injusto"<sup>71</sup>. Para esta nueva reunión, llevada a cabo el 27 de noviembre, la convocatoria había sido "de boca en boca" y solamente siete vecinos se hicieron presentes. Para el siguiente encuentro, el 5 de diciembre, se repartieron volantes y se autodenominaron "Ciudadanos Autoconvocados Contra el Fallo de la Corte Suprema de Justicia"<sup>72</sup>. Este grupo de vecinos

<sup>69</sup> Diario *Clarín* del 22 de noviembre de 2001, "Piden juicio político a la Corte", sección política.

<sup>70</sup> Diario *Página/12* del 23 de noviembre de 2001, "Cacerolazo contra el fallo", sección el país.

<sup>71</sup> Rossi, Federico Matías, "Crisis de la república delegativa. La constitución de nuevos actores políticos en la argentina (2001-2003): Las asambleas vecinales y populares", *Revista América Latina Hoy*, n°39, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005, p.201.

<sup>72</sup> Rossi, Federico Matías, *op. cit.*

se reunió nuevamente el 19 de diciembre. Aquel día, finalmente, se sumaron al cacerolazo que se llevó a cabo frente al Congreso de la Nación. A partir de entonces comenzaron a reunirse semanalmente y, el 17 de enero, convocaron la primera sesión de la "Asamblea de Vecinos Autoconvocados de Palermo Viejo"<sup>73</sup>.

Aquella primera protesta convocada por Elisa Carrió y Luis Zamora no había sido frente al Palacio de Tribunales ni los vecinos se habían agrupado en la Plaza Lavalle, pero los jueces de la Corte Suprema, ya antes de aquel 28 de diciembre, comenzaban a estar en el foco de los reclamos. Volvamos, ahora sí, a los últimos días del año 2001.

### 3. Las protestas de los jueves durante el mes de enero.

Si bien desde hacía una semana se había convocado a una manifestación exigiendo la renuncia de los integrantes de la Corte Suprema para el jueves 10 de enero, la primera respuesta ciudadana al fallo "Kiper" llegó un día antes. El miércoles 9, una veintena de vecinos autoconvocados, se congregaron en la puerta del edificio de Julio Nazareno –sito en Posadas y Rodríguez Peña– para manifestarse en repudio de la citada medida adoptada. "Fuera la Corte. Autoconvocados contra el fallo de la Corte Suprema de la Injusticia" decía una de las banderas desplegadas por los manifestantes<sup>74</sup>.

Por la tarde del jueves 10 de enero, más de dos mil personas se manifestaron frente al Palacio de Tribunales, produciéndose así, el segundo episodio de protesta frente a la Corte Suprema. Una de las pancartas narraba lo siguiente: "pusimos el dinero en el banco para que lo cuiden, no para que se lo roben"<sup>75</sup>. Asimismo, el diario *Página/12*, relata la presencia de la Alicia Castro en la manifestación, quien aludía a la actuación de los jueces de la Corte Suprema en otro caso de importancia como fue la privatización de Aerolíneas Argentinas. La entonces diputada nacional del Frente para el Cambio decía: "a mi me tocó el primer *per saltum* de Argentina y conozco la sensación de estar privada de justicia"<sup>76</sup>. En aquella marcha

<sup>73</sup> Rossi, Federico Matías, *op. cit.*, p. 202.

<sup>74</sup> Cfr. Diario *Página/12* del 10 de enero de 2002, "Contra la Corte Suprema", sección El País y comunicado de la Agencia DyN del 9 de enero de 2002.

<sup>75</sup> Diario *La Nación* del 11 de enero de 2002, "Más protestas contra el alto Tribunal", sección Política.

<sup>76</sup> Diario *Página/12* del 11 de enero de 2002, "Para que se vaya la Corte" sección El País. Nota firmada por Victoria Ginzberg. Alicia Castro se refería al caso "Dromi, José R. s/

también estuvieron presentes dirigentes políticos como Vilma Ripoll del Movimiento Socialista de los Trabajadores (MST), Eduardo Jozami, Rafael Bielsa, Víctor de Gennaro, de la CTA, Luis D'Elía de la Federación de Tierra y Vivienda. Hebe de Bonafini de la Asociación de Madres de Plaza de Mayo, Nora Cortiñas, de Madres Línea Fundadora y el pastor José De Lucca, del Movimiento Ecueménico por los Derechos Humanos.

El jueves 17 de enero, unas 4000 personas se manifestaron en las escalinatas del Palacio de Justicia reclamando la renuncia de los jueces de la Corte. En la convocatoria al cacerolazo, un comunicado de la AAL decía que "a las víctimas del latrocinio institucional, hay que hacerles sentir que hay una Justicia que los ampara, y para ello hay que reemplazar a los actuales integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación"<sup>77</sup>. De la manifestación participaron, además de la AAL, el Partido Obrero (PO), la Corriente Clasista y Combativa (CCC), Izquierda Unida (IU) y la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE).

Asimismo, cabe destacar que un grupo manifestantes, una vez finalizado el acto frente al Palacio de Tribunales, se trasladó a expresar su descontento a la puerta de las viviendas de Julio Nazareno y Antonio Boggiano.<sup>78</sup> Además, "en la medida en que el rechazo popular a los jueces de la Corte se incrementaba, la mañana del jueves en Tribunales fue convirtiéndose en un ámbito de convergencia entre distintos actores protagonistas de la protesta con trayectoria sociales, intereses, identidades y demandas distintas"<sup>79</sup>. En este sentido, tanto en la concentración en Plaza Lavalle cuanto en los domicilios de los magistrados, al reclamo de renuncia de los miembros de la Corte se sumaba la demanda del fin del corralito. En este caso, y tal como veremos más adelante, el reclamo por la finalización del corralito financiero no necesariamente implicaba el pedido de renuncia de los magistrados sino, a veces, todo lo contrario.

En la protesta del 24 de enero participaron, además de la AAL, las asambleas barriales de Paternal, Villa Crespo, Belgrano, Floresta, Caballito,

---

avocación en: Fontela, Moises E. c. Estado Nacional", Fallos 313:863, resuelto por la Corte Suprema el 6 de septiembre de 1990.

<sup>77</sup> ASOCIACIÓN DE ABOGADOS LABORISTAS, *Tercer "cacerolazo" a la Corte*, disponible en <<http://www.aal.org.ar/HOME.asp>>. Mayúsculas y subrayado en el original.

<sup>78</sup> Diario *Página/12* del 18 de enero de 2002, "La Corte aprende a nadar", sección El País.

<sup>79</sup> SCHUSTER, Federico *et. al.*, *La trama de la crisis. Modos y formas de protesta social a partir de los acontecimientos de diciembre de 2001*, Informe de coyuntura n°3, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Bs. As., 2002, p. 66.

Boedo, Florida, Vicente López, Liniers, San Cristóbal, entre otras. También estuvieron presentes estudiantes, Madres de Plaza de Mayo, la Asociación de Kiosqueros y Autores Unidos<sup>80</sup>.

El acto se inició alrededor de las 17 hs. y luego se trasladó a la puerta de la casa del presidente del tribunal, Julio Nazareno<sup>81</sup>. Entre los cánticos se escuchaba: "*Salta, salta, salta, pequeña langosta, Menem y la Corte son la misma bosta*". También fueron numerosas las consignas: "*Habr  cacerolazos hasta que se vayan*", "*Se fue De la Ría, se fue Grosso, Rodríguez Sa ,  qu n dijo que no lograremos que se vaya esta Corte?*", "*Que se vayan todos, Asamblea popular constituyente*", "*Que el pueblo elija los jueces*", "*Nueve jueces, nueve coimas, nueve gangsters, Corte Suprema, asociación ilícita*". Alredor de las 18 hs., asomaron banderas argentinas y se enton  el Himno Nacional. Finalmente, se llevó a cabo una vuelta alrededor del Palacio de Justicia, donde pod  contemplarse la representación de nueve variedades de serpientes, con el nombre de cada uno de los jueces del máximo tribunal. Una vez terminada la protesta en Plaza Lavalle, un grupo de manifestantes se dirigió hacia el domicilio de Julio Nazareno y luego al de Antonio Boggiano. Durante el desarrollo de la protesta en las puertas de los domicilios volaban papelitos amarillos que decían "*Suprema a la cacerola*".

El jueves 31 de enero, mientras la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados analizaba la apertura de procesos a los jueces de la Corte Suprema y el diario *Clarín* anunciaba que el tribunal estaba preparando un fallo sobre el corralito<sup>82</sup>, se desarrolló el quinto cacerolazo frente al Palacio de Tribunales organizado –entre otras– por la Asociación de Abogados Laboralistas. La manifestación se desarrolló con varias curiosidades: se sumaron nuevas asambleas barriales, algunos manifestantes volvieron a trasladarse a los domicilios de algunos de los ministros, pero la nota de color estuvo dada por una recolección de firmas. Dentro del petitorio que circulaba para la firma, se le a que "estos jueces permanentemente han actuado como custodios jurídicos

<sup>80</sup> Cfr. SCHUSTER, Federico *et. al.*, *La trama de la crisis. Modos y formas de protesta social a partir de los acontecimientos de diciembre de 2001*, Informe de coyuntura n 3, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Bs. As., 2002, p. 84.

<sup>81</sup> Diario *Clarín* del 25 de enero de 2002, "Manifestaciones en todas partes", Sección política.

<sup>82</sup> Diario *Clarín* del 31 de enero de 2002, "Corralito: la Corte prepara un gesto", nota firmada por Silvina Boschi.

del gobierno de turno, con total desprecio por la Constitución Nacional y por nuestros derechos"<sup>83</sup>.

Es importante contrastar y relacionar este petitorio con algunos párrafos de la convocatoria efectuada por la AAL para este cacerolazo. Así como en el petitorio se intenta mostrar cierta complicidad entre los jueces de la Corte Suprema y los gobiernos de turno, en la convocatoria también se advertían referencias a una complicidad, a un compromiso, entre los magistrados del alto tribunal y un determinado orden político-social. Así, la convocatoria rezaba que "Argentina vive momentos históricos, dramáticos y gloriosos a la vez. Hay un modelo económico y social, y un sistema político, que se derrumban a una velocidad increíble. Pero los intereses asociados a ellos luchan para no perder sus privilegios (...) La Corte Suprema de Justicia de la Nación y sus nueve integrantes aferrados a sus sillones, son la imagen patética del viejo orden social que se desmorona"<sup>84</sup>.

Para los abogados laboristas, los jueces de la Corte Suprema parecían ser actores políticos relevantes en la constitución y mantenimiento de este orden político y social.

En este marco de protestas y de inicio de funciones de la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados, el viernes 1 de febrero, el primer día hábil judicial del año, los jueces de la Corte Suprema dictaron sentencia en los casos "Smith", en el cual declararon la inconstitucionalidad del dec. 1570/01 y, en el caso "Gorosito", en el cual avalaron la constitucionalidad del cuestionado art. 39 de la Ley de Riesgos de Trabajo.<sup>85</sup> Aquí me interesa reseñar el segundo de los casos.

#### 4. El caso "Gorosito"<sup>86</sup>

En esta causa, los jueces de la Corte Suprema se expidieron sobre el art. 39 de la Ley 24.557,<sup>87</sup> conocida como *Ley de Riesgos del Trabajo*.

<sup>83</sup> Diario *Página/12* del 1 de enero de 2002, "La recolección de firmas, novedad del quinto cacerolazo a la Corte", sección El País, nota firmada por Victoria Ginzberg.

<sup>84</sup> ASOCIACIÓN DE ABOGADOS LABORISTAS, *Nuevo "cacerolazo" a la Corte suprema*, disponible en <<http://www.aal.org.ar/HOME.asp>>.

<sup>85</sup> El Diario *Página/12* ni en Diario *La Nación* hicieron referencia al caso "Gorosito". Sí lo hizo el diario *Clarín* del 2 de febrero de 2002, "La Corte declaró inconstitucional la Ley de Riesgos del Trabajo", sección política, nota firmada por Ismael Bermúdez.

<sup>86</sup> CSJN, "Gorosito, Juan R. c. Riva S.A. y otros", Fallos 325:11.

<sup>87</sup> Adla, LV-E, 5865



Ésta, promulgada el 3 de octubre de 1995 y vigente desde junio de 1996, contempla una cobertura de todos los eventos dañosos originados en el trabajo u ocurridos por el hecho o en ocasión del trabajo, a cargo de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART), a las que deben afiliarse de forma obligatoria todos los empleadores. El citado artículo dispone que, excepto que se compruebe un comportamiento doloso del empleador, ante un accidente o enfermedad relativa al trabajo, el damnificado o sus derechohabientes no estarán facultados para reclamar indemnización bajo los parámetros del Código Civil<sup>88</sup>. Antes de llegar a la Corte Suprema, esta limitación en la indemnización había sido declarada inconstitucional por numerosos tribunales superiores de provincia<sup>89</sup>. En el mismo orden de ideas, varios autores ya se habían pronunciado por la inconstitucionalidad del citado artículo<sup>90</sup>.

En el caso que nos ocupa, Juan Gorosito inició ante la Justicia Laboral de Neuquén una demanda reclamando por la reparación de una enfermedad profesional, planteando la inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley 24.557. La Cámara de Apelaciones, sin analizar el fondo del asunto —es decir sin adentrarse en la procedencia o improcedencia de la reparación—, declaró inconstitucional el artículo citado y decidió que el juicio debía tramitarse por la vía civil y con prescindencia de la Ley 24.557. Apelada la resolución, el Superior Tribunal de la Provincia de Neuquén confirmó tal decisión. Ante esto, el citado en garantía accedió a la Corte Suprema vía recurso extraordinario. De acuerdo con Guillermo Pajoni, actual presidente de la Asociación de Abogados Laboralistas y por aquel entonces miembro de la Comisión Directiva de la Asociación, la Corte sacó el caso "Gorosito" en contra de la Asociación de Abogados

<sup>88</sup> Textualmente el art. dice: "Las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos, con la sola excepción de la derivada del art. 1072 del Cód. Civil. En este caso el damnificado o sus derechohabientes podrá reclamar la reparación de los daños y perjuicios, de acuerdo a las normas del Código Civil. Sin perjuicio de la acción civil del párrafo anterior el damnificado tendrá derecho a las prestaciones de esta ley a cargo de las ART o de los autoasegurados".

<sup>89</sup> Así, y a modo de ejemplo, la Suprema Corte de Buenos Aires, antes del caso "Gorosito", había declarado la inconstitucionalidad del art. 39 en los casos "Cardelli, Hugo c. Ente Administrador del Astillero Río Santiago. Accidente del trabajo", Causa L 77.503, sentencia del 6 de junio del 2001 y; "Britez, Primitivo c. Productos Lipo S.A. Daños y perjuicios", Causa L 75.346, sentencia del 6 de junio del 2001.

<sup>90</sup> Así, por ejemplo, ACKERMAN, Mario, *La responsabilidad civil en la Ley sobre Riesgos del Trabajo*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998.

Laboralistas, en un período de grandes cacerolazos frente a la Corte Suprema. Sobre esta interpretación, Pajoni tomó conciencia sólo luego del transcurso del tiempo<sup>91</sup>.

Es de destacar, tal como lo hizo el Procurador General Nicolás Becerra, que la resolución no implicaba una sentencia definitiva porque los tribunales provinciales no se habían expedido sobre la procedencia de la reparación. Así, Becerra, y a los efectos de desestimar el recurso, entendió que era "menester comenzar señalando que no existe en el caso un pronunciamiento definitivo sobre el planteo de fondo, desde que sólo se ha examinado la validez del artículo 39, inciso 1°, de la ley 24.557 y no la procedencia del reclamo sobre daños y perjuicios fundado, mayormente, en la legislación común (v. fs. 67/69; 89/91, 143 /145 y 159/166); y que tal ausencia no se suple con la invocación de garantías de orden constitucional supuestamente vulneradas ni con la pretendida arbitrariedad del decisorio o la alegada interpretación errónea del derecho que rige el caso"<sup>92</sup>.

Mientras los jueces disidentes –Carlos S. Fayt, Enrique S. Petracchi y Gustavo A. Bossert– se remitieron a estos fundamentos vertidos por el Procurador General, los integrantes del voto mayoritario –Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Augusto C. Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López y Adolfo R. Vázquez–, entendieron que debía analizarse el recurso. Si bien los jueces que conformaron la mayoría consideraron que no se había producido una sentencia final en la causa, el requisito de sentencia definitiva estaba cumplido ya que el fallo apelado cerraba el debate sobre la constitucionalidad de la norma en juego<sup>93</sup>.

Respecto de la constitucionalidad del artículo bajo examen, los jueces aseveraron que no se detectaban violaciones a la Constitución Nacional, ya que no se contrariaba la garantía del derecho a la igualdad (art. 16) ni el principio que prohíbe a los hombres menoscabar derechos de terceros (art. 19). Además, entendieron que el análisis de constitucionalidad de la norma no podía realizarse de manera abstracta, sino que era menester analizar, en el caso concreto, si ante alguna situación fáctica puntual, el sistema reparatorio instrumentado por la *Ley de Riesgos del Trabajo*, causaba algún perjuicio constitucionalmente reprochable<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> Entrevista realizada a Guillermo Pajoni el 11 de agosto de 2009.

<sup>92</sup> Punto III del Dictamen, párr. primero.

<sup>93</sup> Cons. 3 del voto de la mayoría.

<sup>94</sup> Cons. 8, 12 y 18.

## V. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

No es casual que haya decidido finalizar el relato de las protestas con el caso "Gorosito". Llegados a este punto, me interesará marcar, a modo de hipótesis, que existe un posicionamiento institucional de la Corte Suprema que se erige como un elemento clave para comprender por qué los jueces de la Corte eran tenidos como actores políticos relevantes para los miembros de la Asociación de Abogados Laboralistas: el control judicial de constitucionalidad. La facultad de los jueces de todas las instancias de controlar la constitucionalidad de las normas, es decir, la facultad de anular para el caso concreto la vigencia de una norma sancionada por el Poder Legislativo o Ejecutivo, transformó a los jueces de la Corte Suprema en actores políticos relevantes. Según creo, esta relevancia política es la que permite iniciar la explicación de los episodios de protesta frente al Palacio de Tribunales.

Para el caso de los deudores "no-pesificados", cuanto los "ahorristas" veían en los jueces de la Corte a actores políticos con una facultad institucional que les permitía brindar una respuesta afirmativa a sus reclamos. En términos de Robert Dahl, podría afirmarse que por aquel entonces los jueces de la Corte estaban, al menos de acuerdo con el discurso mediático, en una posición de decisión de políticas públicas. Recordemos que para el autor norteamericano, la Corte Suprema es un órgano que decide sobre políticas públicas, entendiendo por esto a las elecciones entre distintas alternativas sobre las cuales existe cierta incertidumbre. Asimismo, esta incertidumbre puede producirse por la falta de información adecuada sobre la alternativa, sobre sus consecuencias, sobre la posibilidad de que estas consecuencias se produzcan, etc.<sup>95</sup>

Para el caso de la Asociación de Abogados Laboralistas, del relato de los episodios de protesta tal vez no sea posible percibir con mucha claridad la relevancia política de los jueces de la Corte Suprema. En este sentido, será menester dar cuenta, de modo bastante sucinto, del modo en que a lo

---

Es de destacar que, más de tres años después y con una composición renovada, los Jueces de la Corte Suprema declararon inconstitucional el citado art. 39. en la causa "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industrial S.A.", sentencia del 21 de septiembre del 2004, Fallos 327:3753.

<sup>95</sup> DAHL, Robert "La toma de decisiones en una democracia: La Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas" (trad. de María Luisa Piqué y María Victoria Ricciardi) en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, n° 1, 2007, p. 83.

largo del decenio de 1990, para los abogados laboristas, los jueces del máximo tribunal se transformaron en actores políticos relevantes: según diré, en numerosas oportunidades, la facultad de controlar la constitucionalidad de normas en materia laboral, este posicionamiento institucional, hizo que para los abogados laboristas, los jueces fuesen la última voz, el último sello institucional en convalidar una política de flexibilización laboral como la llevada a cabo por el gobierno de Carlos Saúl Menem. Guillermo Pérez Castro, miembro de la AAL, resumía lo anterior afirmando que "la Corte se había constituido en un bastión del poder político y económico que impedía hasta los limitados cuestionamientos que se pueden hacer a través de la vía judicial"<sup>96</sup>.

Al inicio mismo de la entrevista que mantuve con Guillermo Pajoni, actual presidente de la AAL y hacia 2001 miembro de la Comisión Directiva de la Asociación, es posible detectar un fallido que me interesa remarcar, que parece dar cuenta de aquello que implicaban los jueces de la Corte Suprema para los abogados laboristas. Cuando le preguntaba sobre las convocatorias que, antes de los episodios de diciembre de 2001, la AAL cursaba a otras organizaciones de abogados, Pajoni me contestó que ellos "venían trabajando para hacerle un juicio político a Menem"<sup>97</sup>. El juicio político, claro está, no era hacia Menem sino hacia los jueces de la Corte Suprema. No obstante, Pajoni trazará un ligamen muy estrecho entre la política laboral diseñada por Carlos Menem y el acompañamiento jurisprudencial que hiciera la Corte Suprema. Nunca como aquí, un fallido parece ser tan acertado.

De acuerdo con lo anterior, pues, cuando le pregunté cómo podía definir un abogado laborista al menemismo, Pajoni contestó: "terrible, no lo más terrible, lo más terrible fue la dictadura, sin lugar a dudas (...). El menemismo fue el desarrollo del neoliberalismo, del liberalismo —no se por qué el neo yo sigo insistiendo que en realidad es el liberalismo— en los países del tercer mundo (...)". Ante la respuesta, le pregunté si cuando hablaba de "Corte menemista" se refería al hecho de la ampliación del número de jueces de la Corte y el posterior nombramiento de sus amigos como magistrados o a un tipo específico de política jurisprudencial y Pajoni respondió que "las dos cosas van de la mano: Menem tuvo que formar una Corte de amigos para poder imponer esta jurisprudencia". Finalmente,

<sup>96</sup> Entrevista realizada a Guillermo Pérez Castro el 13 de noviembre de 2009.

<sup>97</sup> Entrevista realizada a Guillermo Pajoni el 11 de agosto de 2009.

Pajoni narraba que "la Corte era el emblema de un régimen político y económico que, en el ámbito laboral, había sido comparsa de toda la destrucción de los derechos laborales. En el orden legislativo nosotros venimos de muy vieja data: dictadura militar, destrucción de los derechos laborales que hasta hoy día, en el orden legislativo, sigue estando vigente, en el orden laboral sobre todo. Después viene la época menemista donde la flexibilización laboral arrasa con todos los derechos: en el orden legislativo el poder político, y como comparsa de este desorden legislativo, la Corte avalando con sus fallos toda esta flexibilización, de manera vergonzosa (...). Ante todo esto es que la Corte es la figura central, el valuarte, de toda esta flexibilización laboral"<sup>98</sup>.

Este protagonismo de la Corte Suprema en el proceso de flexibilización laboral también fue remarcado por Luis Enrique Ramírez, quien al momento de desarrollarse las protestas de 2001-2002 era el Presidente de la AAL.

En la entrevista que le realizara a Luis Ramírez le pregunté *¿Qué significaba para un abogado laboralista el menemismo?*, y el diálogo se desarrolló del siguiente modo: "una década infame en la República Argentina –indicaba Ramírez-, una década infame respecto al avasallamiento de los derechos de los trabajadores, una década infame de retroceso en todo lo que es el derecho social. *¿Aplicar el mote de menemista a la Corte implica hacerla tributaria de todo esto?* –le preguntaba– Sí, no sólo eso, es que la política del ejecutivo fue permanentemente convalidada por la Corte –Ramírez avanzaba–. Toda la política en leyes laborales, la política de la flexibilidad laboral, la política del desmantelamiento de los convenios colectivos, la política de la represión de la protesta, todas las normas que el menemismo desde los poderes políticos sacaba, automáticamente eran convalidadas por la Corte, entonces era mucho más que eso, eran parte de esto. No sólo estaban ahí para cuidarle las espaldas, hacer de guarda espaldas, de guardia pretoriana del poder político, sino además para convalidar jurídicamente todas las cosas que ellos hacían y en el campo nuestro hubo un retroceso en esa década brutal. Yo creo que hizo mucho más daño el menemismo en esa década que la dictadura militar (...). En este tema (Ramírez se refiere a la política en materia laboral), aclaremos, creo que fue mucho peor el menemismo"<sup>99</sup>.

Con similares palabras se expresó Guillermo Pérez Castro, quien hacia fines de 2001 y principios de 2002 estaba asociado a la AAL, se hizo

<sup>98</sup> Entrevista realizada a Guillermo Pajoni el 11 de agosto de 2009.

<sup>99</sup> Entrevista realizada a Luis Enrique Ramírez el 28 de abril de 2009.

presente en algunas de las manifestaciones frente a la Corte Suprema, pero no participaba en la organización de éstas. Así, cuando le pregunté si la década de 1990 había sido el peor período en materia de legislación laboral, me contestó que, en época de democracia, sí: "la ofensiva de los sectores patronales, de los sectores del capital, comenzó décadas atrás. Se puede visualizar en los años 60. Por supuesto el golpe militar del 76, la ofensiva fue enorme y se demolió parte del derecho laboral en la Argentina. En los 80 no se recuperó, se recuperó muy poco y se perdieron algunas cosas más. En los 90 hubo realmente un desmantelamiento generalizado de una enorme cantidad de garantías protectorias de los trabajadores. Se deshizo gran parte de la esencia del derecho laboral de nuestro país"<sup>100</sup>.

El desmantelamiento, continuó Pérez Castro, se "planteó desde lo Legislativo, se planteó desde el Poder Ejecutivo con los decretos, desde el Ministerio de Trabajo con las componendas, resoluciones, homologaciones de acuerdos paritarios vergonzosos y se planteó desde la Justicia (...) Hubo una enorme cantidad de jueces que se disciplinaron al momento político-social, que hicieron tabla rasa con sus sentencias en muchísimos derechos. El problema estaba en que si uno quería ir avanzando se encontraba que la última palabra la tenía una Corte que justamente era la que instruía a muchos jueces para hacer tabla rasa con esos derechos, entonces eso dificultaba muchísimo más. La Corte no solamente era un elemento negativo en cuanto a sus sentencias sino en cuanto a lo que la Corte implicaba como elemento de presión para muchísimos jueces"<sup>101</sup>.

Ante esta situación yo me preguntaba por qué ir contra toda la Corte Suprema y no solamente contra la mayoría automática, y Ramírez me explicaba que había dos fundamentos que lo explicaban: La minoría automática era pasible de reproches éticos por el hecho de permanecer allí, de legitimar el funcionamiento del tribunal. Asimismo, y en segundo lugar, por aquél entonces hubiera sido muy dificultoso explicarle a la sociedad, que en todos los ámbitos pedía que se vayan todos, que en la Corte algunos debían irse y otros debían quedarse.

Esta convalidación de la política laboral desarrollada por el menemismo de la que hablaban tanto Pajoni cuanto Ramírez, puede encontrarse en la reseña de los casos que a continuación enuncio. En general, este tipo de convalidaciones fue producto del control de constitucionalidad: esta facul-

<sup>100</sup> Entrevista realizada a Guillermo Pérez Castro el 13 de noviembre de 2009.

<sup>101</sup> Entrevista realizada a Guillermo Pérez Castro el 13 de noviembre de 2009.

tad depositada en la Corte como última instancia, devino en que la Corte tuviese la última palabra sobre la validez de cada uno de los eslabones de flexibilización laboral desarrollada por el menemismo. En algunos otros casos, también es de destacar, los jueces no analizaron la constitucionalidad de las normas, pero dieron un carácter restrictivo a su aplicación trazando un panorama poco tuitivo de los derechos de los trabajadores.

Salvo las excepciones de "Della Blanca" y "Verocchi", cuando los jueces de la Corte analizaron la constitucionalidad de las normas de flexibilización laboral se pronunciaron a favor de su constitucionalidad. Asimismo, y excepto algún caso puntual, puede observarse que se trata de sentencias que revocaban pronunciamientos de segunda instancia. Es decir que, a través del control de constitucionalidad, los jueces de la Corte fueron teniendo la última palabra en materia de flexibilización laboral, fueron convalidando la política de flexibilización laboral, política que era sistemáticamente anulada por las instancias anteriores al máximo tribunal.

El protagonismo, la relevancia política de los magistrados, tal vez pueda ser alumbrada por un pequeño detalle de la entrevista a Pajoni, quien al momento de preguntarle por los jueces que Menem había nombrado en la Corte, recordó los nombramientos de Julio Nazareno, Guillermo López, Eduardo Moliné O'Connor y Adolfo Vázquez, pero es de destacar, olvidó los nombres de Bossert y Boggiano que al momento de las protestas también estaban en la Corte Suprema. No obstante, Pajoni, no recordó ninguno de los Ministros de Trabajo del gobierno de Menem<sup>102</sup>. El laboralista, aterrado por la flexibilización laboral no recordaba los Ministros de Trabajo pero sí los nombres de los Jueces de la Corte. Sabía de aquellos que ocupaban los despachos del cuarto piso edificio de Tribunales, pero no recordaba los apellidos de aquellos que habían estado al mando de las oficinas situadas en Leandro N. Alem 650.

A continuación reseño, pues, las sentencias que parecen dar razón a aquellas aseveraciones que pueden extraerse de los diálogos mantenidos

<sup>102</sup> Los Ministros de Trabajo durante la Presidencia de Carlos Menem fueron: Alberto Jorge Triacca (08-07-1989 hasta 16-01-1991); Rodolfo A. Díaz (16-01-1991 hasta 04-12-1992); Enrique O. Rodríguez (04-12-1993 hasta 22-12-1993); José A. Caro Figueroa (22-12-1993 hasta 05-12-1997); Antonio Erman González (11-12-1997 hasta 26-05-1999); José Alberto Uriburu (26-05-1999 hasta 10-12-1999).

En la Corte Suprema, a lo largo de su presidencia, Menem nombró a los siguientes jueces: Julio Oyhanarte, Julio Nazareno, Rodolfo Barra, Mariano Cavagna Martínez, Ricardo Levene (h), Antonio Boggiano, Gustavo Bossert, Guillermo López y Adolfo Vázquez.

con Pajoni, Ramírez y Pérez Castro. Se podrá observar cómo, y en general en casos que llegaron en virtud de la facultad de ejercer el control de constitucionalidad, el modo en que los jueces de la Corte sellaban, cerraban el camino de las políticas de flexibilización laboral, transformándose así, para los miembros de la AAL, en actores políticos relevantes.

### 1. "Soengas, Héctor Ricardo y otros c. Ferrocarriles Argentinos."<sup>103</sup>

Héctor Ricardo Soengas y otros agentes de Ferrocarriles Argentinos, plantearon la inconstitucionalidad del art. 2º, inc. d), del Dec-Ley 21476<sup>104</sup> –sancionado el 12 de diciembre de 1976 a poco de iniciarse el autodenominado y sangriento Proceso de Reorganización Nacional–, y de la ley 23126<sup>105</sup> –sancionada en 1984, poco tiempo después de la reapertura del sistema democrático–, y demandaron a Ferrocarriles Argentina por las diferencias salariales resultantes del reemplazo del sistema de cálculo de la bonificación por antigüedad prevista en el art. 37, punto I, del Convenio Colectivo de Trabajo 21/75 –que preveía el pago de un porcentaje del salario mínimo vital por cada año de servicio– respecto del establecido por las citadas normas, que estipulaban una suma fija por cada uno de esos períodos, unilateralmente determinada por la empleadora.

Sintéticamente, puede decirse que lo que los jueces debían decidir era si las leyes podían establecer condiciones más desfavorables para los trabajadores que aquellas previstas en el Convenio Colectivo.

La Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, revocando el decisorio de primera instancia, condenó a la demandada a abonar dichas diferencias por el lapso que corre desde el 29 de mayo de 1984 hasta el 2 de noviembre del mismo año, y desde el 2 de noviembre de 1985 hasta el 7 de marzo de 1986.

El voto de la mayoría de la Corte Suprema –integrado por Ricardo Levene (h), Mariano Cavagna Martínez, Augusto Belluscio, Enrique Petracchi, Rodolfo Barra, Julio Nazareno y Julio Oyhanarte– revocó la sentencia de la Cámara, permitiendo, pues, que la ley estableciera condiciones más desfavorables que las previstas en los Convenios Colectivos. Lo interesante es que los argumentos para posibilitar esta decisión, fueron citados por

<sup>103</sup> Sentencia del 7 de agosto de 1990, Fallos 313:664.

<sup>104</sup> B.O. del 16-12-1976.

<sup>105</sup> B.O. del 12-11-1984.



el Presidente Menem cuando el 26 de mayo de 1992, al dictar el Dec. 817/92,<sup>106</sup> mediante el cual se reorganizó la actividad portuaria y se suspendieron numerosas cláusulas de los convenios colectivos vigentes.

En los considerandos de aquel decreto de desregulación, Menem enunciaba que "nuestra CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha señalado *—in re—* "Soengas, Héctor R. y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos" del 7 de agosto de 1990, que en situaciones de emergencia social o económica la facultad de reglar los derechos personales puede ser más enérgica que en los períodos de sosiego y normalidad, principio que debe ser de aplicación en el presente, teniendo en cuenta además que el MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL convocará a las partes a celebrar nuevos convenios colectivos en armonía con las nuevas modalidades de actividad y conforme a reglas que permitan la plena ocupación laboral y la mejora de los servicios portuarios o de la navegación"<sup>107</sup>. Más abajo veremos cómo han resuelto los jueces de la Corte Suprema cuando, en el caso "Cocchia", debieron analizar la constitucionalidad del decreto.

La sentencia recaída en "Soengas", es de recalcar, contó con las disidencias de Carlos Fayt y Augusto Belluscio.

Cuando Jorge Oliva Funes y Teresita Saracho Comet comentaron el fallo, sostuvieron que "la posibilidad de que una ley posterior deje sin efecto beneficios más favorables que los del derecho común laboral ha sido y es un tema controvertido, donde suelen dividirse las opiniones. La Corte Suprema nacional, con su nueva integración, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el particular, y sostuvo que en situaciones de emergencia económica, el Estado puede limitar derechos que fueron adquiridos a través de las convenciones colectivas de trabajo (criterio de la mayoría)"<sup>108</sup>.

Es de destacar que esta no fue la primera vez que la Corte Suprema atendió a este tema controvertido. Mientras los jueces que integraron la Corte durante la dictadura de 1976-1983 avalaron la posibilidad de que una ley derogue un convenio colectivo<sup>109</sup>, en el caso "Nordenstho" resuelto en 1985, por jueces nombrados bajo el gobierno democrático de Raúl Alfon-

<sup>106</sup> B.O. del 28 de mayo de 1992.

<sup>107</sup> Cons. 40.

<sup>108</sup> OLIVA FUNES, Jorge, SARACHO CORNET, Teresita, "La emergencia económica y los convenios colectivos de trabajo", *LLC* 1990, 927.

<sup>109</sup> Así en "Romano, Adolfo R. y otros c. Usina Popular y Municipal de Tandil", sentencia del 31 de julio de 1979, *La Ley* 1979-D, 295 y "Dato, José M. c. Subterráneos de Buenos Aires", sentencia del 5 de diciembre de 1983, *La Ley* 1984-B, 246.

sín se resolvió en sentido contrario<sup>110</sup>. El apellido "Soengas", pues, terminó desplazando el apellido "Nordensthol".

## 2. "Leroux de Emede, Patricia c. Municipalidad de Buenos Aires"<sup>111</sup>

Patricia Lereux de Emede había sido contratada por la Municipalidad de Buenos Aires en setiembre de 1981 para desempeñarse como "verificadora de infracciones" por un plazo de tres meses, que la Municipalidad fue prorrogando en numerosas oportunidades. No obstante, a los dos años, la Municipalidad rescindió el contrato por entender que las inasistencias de Lereux no encontraban justificación en el "estado de excedencia" que la actora había invocado, ya que su relación laboral con el municipio no se hallaba amparada por la Ley de Contrato de Trabajo.

Tanto el juzgado de primera instancia cuanto la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo condenaron a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires al pago de las indemnizaciones por antigüedad, preaviso y despido por causa de embarazo, prevista en la Ley de Contrato de Trabajo.

De modo contrario a lo resuelto en las instancias precedentes, el voto de la mayoría de la Corte Suprema –voto conformado por Mariano Cavagna Martínez, Ricardo Levene (h.), Augusto Belluscio, Carlos Fayt, Rodolfo Barra, Enrique Petracchi y Julio Nazareno–, aplicando la doctrina del caso "Gil"<sup>112</sup>, según la cual "frente a la existencia de un régimen jurídico específico que reglamenta los derechos de los dependientes de la demandada y a la disposición del art. 2º, inc. a) de la Ley de Contrato de Trabajo, según la cual el régimen no es aplicable a los dependientes de la administración pública salvo que por acto expreso se los incluya en éste o en el de las convenciones colectivas de trabajo, no es admisible sostener que la relación de empleo se hallaba regida por la ley laboral común"<sup>113</sup>, revocó el pronunciamiento de la Cámara.

<sup>110</sup> "Nordensthol, Gustavo J. c. Subterráneos de Buenos Aires", sentencia del 2 de abril de 1985. *La Ley*, 1985-C, 84.

<sup>111</sup> Sentencia del 30 de abril de 1991, Fallos 314:376.

<sup>112</sup> "Gil, Carlos Rafael c/ U.T.N. s/ nulidad de acto administrativo, indemnización daños y perjuicios" sentencia del 28 de febrero de 1989, Fallos 312:245.

<sup>113</sup> Cons. 4.

### **3. "López, Antonio Manuel c/ Explotación Pesquera de la Patagonia S.A. s/ accidente - acción civil"**<sup>114</sup>

Al sancionarse el 27 de marzo de 1991 la ley de convertibilidad<sup>115</sup> uno de sus objetivos era la desindexación a través de la supresión en general de los procedimientos de actualización. En este sentido, uno de los interrogantes residía en la actualización de los créditos laborales a partir del 31 de marzo de 1991.

Este interrogante fue respondido por la sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que al atender en el caso "López", sentenció que sobre el capital, a partir del 1 de abril de 1991, debían computarse los intereses resultantes del promedio mensual de la tasa activa aplicada por el Banco de la Nación Argentina para operaciones corrientes de descuentos comerciales. No obstante, cuando la Corte resolvió el caso el 10 de junio de 1992, decidió modificar el criterio. En una sentencia con ajustada mayoría —el voto mayoritario llevó las firmas de Ricardo Levene (h.), Mariano Cavagna Martínez, Carlos S. Fayt, Antonio Boggiano y Rodolfo Barra, mientras que la disidencia las de Augusto Belluscio, Enrique Petracchi, Julio Nazareno y Eduardo Moliné O'Connor—, los jueces del máximo tribunal decidieron aplicar la tasa de interés pasiva promedio mensual que publicaba el Banco Central de la República Argentina.

### **4. "Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro"**<sup>116</sup> y **"Luna, Antonio R. c. Agencia Marítima Rigel S. A. y otros"**<sup>117</sup>

Juan Ramón Rodríguez se encontraba vinculado laboralmente con la Compañía Embotelladora Argentina S.A., cuya actividad era la fabricación, venta y distribución de gaseosas de la línea Pepsi en la Capital Federal y en el Gran Buenos Aires. Mientras Pepsi Cola Argentina S.A.C.I.

<sup>114</sup> Sentencia del 10 de junio de 1992, Fallos 315:1209.

<sup>115</sup> Ley 23.928, B.O. del 28-03-1991.

<sup>116</sup> Sentencia del 15 de abril de 1993, Fallos 316:713.

<sup>117</sup> Sentencia del 2 de julio de 1993, Fallos 316:1609. Un resumen de la sentencia en PAWŁOWSKY DE POSE, Amanda Lucía, "Inaplicabilidad del art. 30 de la Ley de contrato de trabajo a las empresas exportadoras por la subcontratación de servicios de estibaje", *DT* 1993-B, 1407.

elaboraba los concentrados de las bebidas gaseosas para su posterior venta a otras empresas, la Compañía Embotelladora compraba a Pepsi los concentrados, elaboraba el producto final, lo vendía y lo distribuía. Cuando Rodríguez reclamó la indemnización y los salarios correspondientes como consecuencia de la ruptura de su vínculo laboral con Compañía Embotelladora S.A., demandó, también, a Pepsi Cola Argentina S.A.C.I.

Mientras en el fallo de primera instancia y en el de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, por aplicación del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo<sup>118</sup>, las dos empresas fueron tenidas como responsables solidarias de los montos exigidos por Rodríguez, el voto de la mayoría de los jueces de la Corte Suprema –mayoría integrada por Ricardo

<sup>118</sup> En aquel entonces, el art. 30 de la Ley 20.744 estipulaba que “quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social.”

El art. 32 de la Ley de Contrato de Trabajo en su redacción original disponía que: “Quienes contraten o subcontraten con otros la realización de obras o trabajos, o cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre para la realización de obras o prestación de servicios que hagan a su actividad principal o accesoria, tenga ésta o no fines de lucro, deberán exigir a éstos el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social, siendo en todos los casos solidariamente responsables de las obligaciones contraídas con tal motivo con los trabajadores y la seguridad social durante el plazo de duración de tales contratos o al tiempo de su extinción, cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto hayan concertado.

Cuando se contrate o subcontrate, cualquiera sea el acto que le dé origen, obras, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, y dentro de su ámbito se considerará en todos los casos que la relación de trabajo respectiva del personal afectado a tal contratación o subcontratación, está constituida con el principal, especialmente a los fines de la aplicación de las convenciones colectivas de trabajo y de la representación sindical de la actividad respectiva.”

La Ley 21.297 modificó el citado artículo y lo identificó con el número 30, que pasó a tener la siguiente redacción: “Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. En todos los casos serán solidariamente responsables de las obligaciones contraídas con tal motivo con los trabajadores y la seguridad social durante el plazo de duración de tales contratos o al tiempo de su extinción, cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto hayan concertado.”

Levene (h), Mariano Cavagna Martínez, Rodolfo Barra, Eduardo Moliné O'Connor y Antonio Boggiano— hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto por Pepsi Cola Argentina y acotó la responsabilidad a la Empresa Embotelladora, por entender que el caso no se trataba de un supuesto comprendido por el art. 30 del Dec-Ley 20.744.

El juez Belluscio, en su disidencia, revocó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones, pero sin expedirse sobre la limitación de la responsabilidad y los jueces Nazareno, Petracchi y Fayt rechazaron el recurso extraordinario en los términos del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>119</sup>.

Tres meses más tarde, el 2 de julio de 1993, la Corte Suprema volvió a conocer en un caso en que estaba en el que nuevamente estaba en juego la aplicación del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo. En el caso "Luna" un grupo de trabajadores que se desempeñaban como estibadores en el puerto de San Nicolás, demandó a su empleadora, la Agencia Marítima Rigel S. A, y a otras empresas, por diferencias salariales correspondientes al período comprendido entre mayo de 1984 y marzo de 1985. Asimismo hicieron extensivo el reclamo a la codemandada Nidera S.A.

Tanto el juzgado de primera instancia cuanto la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en aplicación del citado art. 30 hicieron extensiva la responsabilidad a Nidera S.A. Al igual que lo sucedido en "Rodríguez", la mayoría de los jueces de la Corte Suprema —mayoría conformada por Antonio Boggiano, Rodolfo Barra, Augusto Belluscio, Ricardo Levene (h.) y Eduardo Moliné O'Connor— entendió que el caso no se ajustaba a los normado por el citado art. 30 por lo que la demanda debía ser desestimada en lo relativo a la responsabilidad de Nidera.

Este criterio interpretativo restrictivo del art. 30 de la Ley de Contrato Trabajo fue aplicado, a lo largo de la década de 1990, en numerosas oportunidades<sup>120</sup>.

<sup>119</sup> El art. 280 —sustituido por art. 2° de la Ley 23.774 -B.O del 16/4/1990— en la parte que aquí nos interesa, dispone que "cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia."

<sup>120</sup> Así en "Gauna, Tolentino y otros c. Agencia Marítima Rigel y otros", sentencia del 14 de marzo de 1995, Fallos 318:366; "Sandoval, Daniel O. y otro c. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otros", sentencia del 18 de julio de 1995, Fallos 318:1382;

## 5. "Cocchia, Jorge D. c. Estado nacional y otro"<sup>121</sup>

En este caso, la Corte Suprema debió analizar la constitucionalidad del Decreto 817/92,<sup>122</sup> dictado el 26 de mayo de 1992 que disponía una profunda reorganización del sistema portuario argentino en vistas de una privatización de todo el servicio, y en este marco es que el decreto avasallaba numerosos beneficios laborales. Al respecto, merece ser citado todo el capítulo V del decreto.

**Art. 34** — Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a todo el personal de las siguientes actividades: transporte marítimo, fluvial y lacustre, de pasajeros, cargas y pesca, otras actividades extractivas, así como todas a las actividades portuarias, conexas y afines.

**Art. 35** — Transitoriamente y hasta tanto se formalicen los nuevos convenios a los que se refiere el artículo siguiente, dejarán de tener efectos aquellas cláusulas convencionales, actas, acuerdos, o todo acto normativo que establezcan condiciones laborales distorsivas de la productividad o que impidan o dificulten el normal ejercicio de dirección y administración empresaria, conforme lo dispuesto por los arts. 64 y 65 de la Ley de Contrato de Trabajo, tales como: a) cláusulas de ajuste automático de salarios o viáticos; b) pago de contribuciones y subsidios para fines sociales no establecidos en leyes vigentes; c) normas que impongan el mantenimiento de dotaciones mínimas; d) normas que limiten o condicionen las incorporaciones o promociones del personal a requisitos ajenos a la idoneidad, competencia o capacidad de los trabajadores; e) regímenes de estabilidad propia; f) pago de salarios en lapso inferior a la quincena; g) Normas que impongan la contratación de personal nacional; h) obligación

---

"Vuoto, Vicente y otro c. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otros", sentencia del 25 de junio de 1996, Fallos 319:1114; "Encinas, Marcelino c. Francisco Ballester y otro", sentencia del 25 de agosto de 1998, Fallos 321:2294; "Benítez, Julio Daniel y otros c. Empresa Compañía Argentina de Petróleo S.A. y otra", sentencia del 16 de marzo de 1999, Fallos 322:440; "Escudero, Segundo R. y otros c. Nueve S.A. y otro", sentencia del 14 de septiembre de 2000, Fallos 323:2552.

<sup>121</sup> Sentencia del 2 de diciembre de 1993, Fallos 316:2624. Resumen del fallo en SANTIAGO, Alfonso (h.) "Entre la eficacia y el control del poder político: un trascendente fallo de la Corte sobre delegación legislativa", *La Ley* 1994-B, 633.

<sup>122</sup> B.O. del 28-05-1992.

de contratar indirectamente; i) contratación obligatoria de delegados u obligación de existencia de delegados en las dotaciones; j) contratación de personal especializado cuando ello no fuera necesario; k) apartamiento de las condiciones mínimas fijadas en ley de contrato de trabajo en lo referido a remuneraciones, vacaciones, duración de la jornada de trabajo, descansos, despido y sueldo anual complementario, y en lo referido a la legislación general en materia de accidentes de trabajo; l) dar prioridad a determinada clase de trabajador; ll) toda norma que atente contra la mejor eficiencia y productividad laboral.

**Art. 36** — El MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL procederá dentro de los DIEZ (10) días de la entrada en vigencia del presente, a convocar a las Comisiones Negociadoras de los convenios colectivos de trabajo que regirán las relaciones laborales del personal comprendido en la presente normativa para adecuarlas a las disposiciones vigentes a partir del dictado de este decreto.

**Art. 37** — Déjase sin efecto la Ley N° 21.429 y los arts. 142 y 143 de la Ley N° 20.094 y sus modificaciones, así como todas las normas dictadas por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DE PUERTOS y la CAPITANÍA GENERAL DE PUERTOS en relación con la ley y los artículos mencionados. Suspéndese la vigencia de los convenios colectivos de trabajo incluidos en el anexo III que forma parte del presente.”

Ante este cuadro normativo, Jorge Cocchia, por entonces Secretario General del Sindicato de Encargados Apuntadores Marítimos inició una acción de amparo contra el Estado Nacional y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, en vistas a que se declarara la inconstitucionalidad de los arts. 34 a 37 del Dec. 817/92.

Tanto en primera instancia cuanto en la sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se hizo lugar al reclamo del actor y se declararon inconstitucionales todos y cada uno de los artículos citados. La mayoría de la Corte Suprema —integrada por Rodolfo Barra, Mariano A. Cavagna Martínez, Julio S. Nazareno, Augusto Eduardo Moliné O’Connor— y el voto concurrente de Antonio Boggiano, revocaron la sentencia de la Cámara y declararon inconstituciones, únicamente, el inc. k del art. 35 y el art. 36 del decreto citado. No obstante esto, es de destacar que para declarar solamente inconstitucionales el inciso y el artículo referido, era menester dotar de constitucionalidad al decreto en su totalidad, algo que los jueces hicieron sin problemas.

En concordancia con lo anterior, en este fallo que contó con las disidencias de Carlos Fayt, Enrique Petracchi y Augusto Belluscio, la mayoría de la Corte Suprema avaló un ensanchamiento de la doctrina de la delegación legislativa. Si bien en la Constitución Nacional no estaba previsto el dictado de decretos delegados, la jurisprudencia de la Corte permitía –con varias limitaciones- el dictado de decretos delegados, siempre que estuviese dictado en el marco de una ley delegante<sup>123</sup>. No obstante, aquí el decreto no fue dictado en el marco de una ley determinada sino en el marco de un "programa de gobierno", tal como la misma mayoría del tribunal lo relata<sup>124</sup>.

## **6. "Villarreal, Adolfo c. Roemmers s/ cobro de salarios"<sup>125</sup> y "Licanic Juan Lenin c/ Volpino Laboratorios S.A. y otro"<sup>126</sup>**

Adolfo Villarreal se desempeñaba como agente de propaganda médica dependiente del laboratorio Roemmers y al ser despedido, impugnó la constitucionalidad del tope indemnizatorio previsto por el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo reformado por la Ley 24.013, sancionada el 13 de noviembre de 1991<sup>127</sup>.

<sup>123</sup> Esta pauta jurisprudencial puede detectarse en los casos "Delfino", sentencia del 20 de junio de 1927 (Fallos: 148:430), "Mouviel", sentencia del 17 de mayo de 1957 (Fallos 237:636) y "Carmelo Pratico", sentencia del 20 de mayo de 1969 (Fallos: 247:345), entre otros.

<sup>124</sup> Cons. 14 del voto de la mayoría.

<sup>125</sup> Sentencia del 10 de diciembre de 1997, Fallos 320:2665.

<sup>126</sup> Sentencia del 18 de septiembre de 2001, Fallos 324:2801.

<sup>127</sup> El art. 153 de la Ley 24.013 (B.O. del 17-12-1991) modificó el art. 245 de la ley 20.744, que quedó redactado del siguiente modo: "Art. 245– Indemnización por antigüedad o despido. En los casos de despido dispuesto por el empleado sin justa causa, habiendo o no mediado por aviso, este deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un mes (1) de sueldo por cada año de servicio o fracción que no supere los tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor.

Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el monto que corresponda juntamente con las escalas salariales de cada convenio colectivo de trabajo.

Para aquellos trabajadores no amparados por convenios colectivos de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el que corresponda al convenio de actividad aplicable



El juzgado de primera instancia no hizo lugar a la petición de Villarreal, pero Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, revocó la sentencia y declaró la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio, haciendo lugar, pues, a la demanda de diferencias en los montos de indemnización por despido. La Corte Suprema, el 10 de diciembre de 1997, revocó la resolución de la Cámara. En la sentencia sin disidencias –firmada por Eduardo Moliné O'Connor, Augusto Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo López y Adolfo Vázquez–, se entendió que el tope aplicado no implicaba una desnaturalización del derecho a indemnización que le correspondía a Villarreal. La Corte, pues, convalidó la constitucionalidad de la reforma sancionada en noviembre de 1991 a instancias del gobierno de Carlos Menem.

En el año 1999 los jueces de la Corte Suprema volvieron a desechar la inconstitucionalidad del citado tope indemnizatorio<sup>128</sup>. Esta situación se repetirá en momentos muy cercanos a los episodios de protesta acaecidos frente a Plaza Lavalle, en la sentencia recaída en "Licanic".

En el caso "Licanic", resuelto en septiembre de 2001, la Corte Suprema volvió a descartar la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio. Mientras en el citado caso, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, confirmado la sentencia de primera instancia, había declarado la inconstitucionalidad del tope previsto en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (modificado por el art. 153 de la Ley 24.013), los jueces de la Corte Suprema, en un fallo sin disidencias, revocaron la sentencia de la Cámara<sup>129</sup>.

---

al establecimiento donde preste servicio o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno.

Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables será de aplicación el convenio de la actividad a la que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si este fuere mas favorable.

El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a dos (2) meses del sueldo calculados en base al sistema del primer párrafo".

<sup>128</sup> Así en "Mastroiani, Ricardo Alfredo c. Establecimiento Modelo Terrabusi Sociedad Anónima de Industria y Comercio", sentencia del 27 de mayo de 1999, Fallos 322:995 y "Broquen c. Fundación Amalia Lacroze de Fortabat", sentencia del 30 de junio de 1999, Expte. B. 128. XXXV.

<sup>129</sup> Es de destacar que en el caso "Vizzoti, Carlos A. c. AMSA. S.A.", resuelto el 14 de septiembre de 2004, la Corte, con otra composición, modificó la jurisprudencia de "Villarreal" y dispuso que "no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el párr. 1º del citado art. 245 LCT., vale decir, 'la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor', pueda verse reducida en más de un 33%", cons. 11. JA 2004-IV-199.

## 7. "Chocobar, Sixto Celestino c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajuste por movilidad"<sup>130</sup> y "Heit Rupp, Clementina v. Administración Nacional de la Seguridad Social"<sup>131</sup>

En estos casos, los jueces de la Corte Suprema se pronunciaron sobre la constitucionalidad de la movilidad de los haberes jubilatorios dispuesta por la reforma previsional desarrollada durante el gobierno de Carlos Menem. Para analizar la materia y dar cuenta de la envergadura de la reforma que legitimó la Corte Suprema, es menester realizar un breve recorrido histórico sobre el derecho previsional en la Argentina.

El primer antecedente en materia de legislación previsional data del 10 de septiembre de 1904, con la sanción de la Ley 4.349, que creó la "Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones para funcionarios, empleados y agentes civiles de la Administración". Con el paso del tiempo, diversas leyes fueron estableciendo numerosas cajas para diversas profesiones y ramas industriales.

La Convención Reformadora de 1957, enmarcada dentro de la autodenominada Revolución Libertadora, introdujo en el art. 14 bis la obligación legal de establecer la movilidad de las jubilaciones y pensiones. En este sentido, la Ley 14.447 determinó como haber jubilatorio el conocido 82% *móvil*.

En el marco del gobierno dictatorial de la autodenominada *Revolución Argentina*, y a través de del Dec-Ley 17.575<sup>132</sup> del 21 de diciembre de 1967, se fusionaron las trece cajas de jubilaciones hasta ese entonces existentes en solamente tres y, finalmente, el 30 de diciembre de 1968 los Dec-Leyes 18.037<sup>133</sup> y 18.038<sup>134</sup> las redujeron a dos –dependientes y autónomos–. Por otro lado, se dejó de lado el sistema del 82% *móvil* y se adoptó un sistema de movilidad anclado en el nivel general de remuneraciones (art. 51, Ley 18.037).

<sup>130</sup> Sentencia del 27 de diciembre de 1996, Fallos 319:3241. Un resumen de la sentencia y de la evolución jurisprudencial sobre la movilidad de los haberes en RODRÍGUEZ NOVO, Daniel, "La movilidad de las prestaciones y el desarrollo de la protección social", en ACKERMAN, Mario Eduardo, *Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ed. La Ley, Bs. As., 2002.

<sup>131</sup> Sentencia del 16 de septiembre de 1999, Fallos 322:2226.

<sup>132</sup> B.O del 29-12-1967

<sup>133</sup> B.O. del 10-01-1969

<sup>134</sup> B.O. del 10-01-1969

En 1993, el gobierno del Presidente Carlos Menem impulsó una poderosa reforma del sistema previsional y, a través de la Ley 24.241,<sup>135</sup> se sancionó el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP), creándose un régimen de capitalización a cargo de entidades privadas: las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones –AFJP–. En lo que hace a la temática de la movilidad de los haberes jubilatorios, Ley 24.241 contemplaba la movilidad de las prestaciones a partir de un índice denominado *Aporte Medio Previsional Obligatorio* (AMPO). No obstante, al poco tiempo, la Ley 24.463<sup>136</sup> denominada casi irónicamente Ley de *Solidaridad Provisional*, sancionada el 8 de marzo de 1995, dejó de lado todo índice de movilidad, disponiendo que ésta sería dispuesta en cada una de las Leyes de Presupuesto General de la Administración Nacional.

Finalmente el Decreto de Necesidad y Urgencia 833/97,<sup>137</sup> dictado por Carlos Menem el 25 de agosto de 1997, sustituyó el AMPO por el *Módulo Previsional* (MOPRE), un índice que sería determinado por resolución conjunta del Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Economía, teniendo en cuenta las leyes de presupuesto. El diario *La Nación*, relatando el contenido del decreto publicaba que “el nuevo sistema de cálculo será determinado por los ministerios de Trabajo y Seguridad Social, y de Economía y Obras y Servicios Públicos, aunque aún no se sabe exactamente el modo en que se va a definir la ecuación. Por lo pronto, el cambio fundamental es que el aporte quedará establecido en cada uno de los presupuestos nacionales que apruebe el Congreso de la Nación y no variará de acuerdo con la masa de aportantes y aportes de cada momento. La idea es que todos los aportantes sepan cuánto tendrán que pagar todos los meses, y que esa cuota sea la misma por lo menos, por el plazo de un año”<sup>138</sup>.

Dentro de este contexto es que los jueces de la Corte resolvieron los casos “Chocobar” y “Heit Rupp” y, en definitiva, convalidaron todo este andamiaje legislativo.

En el primer caso, y en un extenso fallo resuelto en diciembre de 1996, al analizar el período transcurrido entre 1991 –año de sanción de la ley de convertibilidad, Ley 23.928– y la sanción de la Ley 24.441 –año 1993–,

<sup>135</sup> B.O. del 18-10-1993

<sup>136</sup> B.O. del 30-03-1995

<sup>137</sup> B.O. del 29-08-1997

<sup>138</sup> Diario *La Nación* del 30 de agosto de 1997, “Las comisiones de las AFJP, en debate”, sección economía.

la mayoría de los jueces de la Corte –integrada por Guillermo López, Julio Nazareno y Eduardo Moliné O’Connor– y los votos concurrentes de los jueces Adolfo Vázquez y Antonio Boggiano, sostuvieron que la ley de convertibilidad había derogado implícitamente la movilidad impuesta por la Ley 18.037. No obstante, dado que en virtud de la Ley de Solidaridad Previsional (24.463, art. 7 inc. 1) se ordenaba al Ministerio de Trabajo la creación de un índice de reajuste para el período anterior a al AMPO, y teniendo en cuenta que esto no se había puesto en práctica, la Corte dispuso un ajuste del 3,28% para el período señalado.

Respecto de la reforma impuesta por la Ley 24.463, la Corte Suprema dispuso que no era procedente establecer un mecanismo de reajuste –algo solicitado en la demanda– ya que el Congreso era el encargado de hacerlo a través de las sucesivas leyes de presupuesto y esta disposición no merecía reproches constitucionales.

En el caso “Chocobar”, resta aclarar, expresaron su disidencia los jueces Petracchi, Belluscio, Bossert y Fayt.

Dado que el Congreso Nacional no contemplaba en las sucesivas leyes de presupuesto ningún tipo de movilidad para los haberes jubilatorios, la Cámara Federal de la Seguridad Social, en el caso “Heit Rupp”, extendió el índice de movilidad del 3,28% decretado en “Chocobar” al período posterior a la vigencia de la Ley 24.463. La mayoría de la Corte –integrada por Julio Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Augusto Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo López y Adolfo Vázquez– revocó el pronunciamiento sosteniendo que no estaban demostrados los perjuicios que el sistema causaba a los interesados. El fallo no contó con disidencias, pero sí con un voto separado del juez Carlos Fayt.

## **8. “Lúquez, Carlos Oscar y otros c. Compañía Argentina de Teléfonos SA.”<sup>139</sup>**

En 1989, la Compañía Argentina de Teléfonos S.A. ofreció a sus empleados la posibilidad de optar por resolver sus contratos, a cambio de determinadas sumas en concepto de gratificación: A quienes que se encontraban en condiciones de jubilarse se les ofreció duplicar el importe del beneficio previsto en el art. 66 del Convenio Colectivo de Trabajo 165/75 y, a los restantes, se les ofreció una suma equivalente a dos salarios por

<sup>139</sup> Sentencia del 16 de abril de 1998, Fallos 321:869.

cada año de servicio. Carlos Lúquez y los restantes actores aceptaron dichas propuestas por medio de notas individuales. Luego de percibir las sumas ofrecidas, todos ellos demandaron judicialmente por las indemnizaciones previstas para casos de "cesantías" (art. 68, inc. "a" o "c" –según los casos– del Convenio Colectivo de Trabajo n° 165/75), y algunos de los actores reclamaron las diferencias emergentes por mayor antigüedad y categoría que las que habían sido reconocidas por la empresa.

Para reclamar judicialmente los citados rubros, los 24 trabajadores cuestionaron tanto el contenido cuanto la homologación de los acuerdos, aduciendo que tales actos configuraban despidos encubiertos.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, confirmando la sentencia recaída en primera instancia, hizo lugar al reclamo de los 24 trabajadores pero el voto de la mayoría de la Corte Suprema –mayoría integrada por Eduardo Moliné O'Connor, Antonio Boggiano, Guillermo López, Gustavo Bossert y Adolfo Vázquez– revocó el pronunciamiento del tribunal superior provincial. El voto disidente integrado por Carlos Fayt y Enrique Petracchi desestimó, en los términos del art. 280 del CPCCN, el recurso de queja presentado por la Compañía.

### **9. "Zorzín, Víctor Rubén c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A."**<sup>140</sup>

Víctor Rubén Zorzín había llegado a desempeñarse como Gerente de Operaciones Geofísicas de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF), pero entre 1982 y 1984, se produjo una recategorización y, en consecuencia, el área a su cargo pasó a denominarse subgerencia, sin perjuicio de su jerarquía, funciones o asignaciones. En 1984, como consecuencia de la instrucción de un sumario administrativo, y luego de que la empresa se constituya como querellante en causa penal en la que se investigaba su eventual responsabilidad por la comisión de delitos en perjuicio de la empresa, Zorzín fue desplazado como adscripto a la Gerencia General de Contratos de Exploración y Explotación, puesto que ocupó por más de siete años.

Mientras tanto, en 1987, el cargo que originariamente ocupaba Zorzín volvió a tener rango gerencial, por lo que se generó una brecha salarial entre lo percibido por el actor y el cargo que ocupaba. Cuatro años más tarde, en 1991, luego de modificaciones en la estructura jurídica de YPF, la

<sup>140</sup> Sentencia del 11 de junio de 1998, Fallos 321:1696.

brecha salarial se profundizó aun más. Paralelamente, y pese a haber sido sobreseído en sede penal, también en 1991, Zorzín fue despedido sin haber sido repuesto al cargo de gerente.

Si bien Zorzín había percibido una indemnización, reclamó judicialmente las diferencias salariales ya citadas. Asimismo reclamó la reparación del daño moral sufrido por haber sido denunciado penalmente por una supuesta defraudación a la empresa. Tanto el juez de primera instancia cuanto la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo hicieron lugar a la demanda de Zorzín. No obstante, el voto mayoritario de la Corte Suprema –mayoría integrada por Eduardo Moliné O'Connor, Augusto Belluscio, Guillermo López y Gustavo Bossert– y los votos separados de Julio Nazareno, Carlos Fayt y Antonio Boggiano, en una sentencia que lleva la fecha del 11 de junio de 1998, revocaron el pronunciamiento recurrido.

#### **10. "Della Blanca, Luis y otro c. Industria Metalúrgica Pescarmona S.A."**<sup>141</sup>

Al ser despedidos de la industria Pescarmona S.A. y al reclamar las indemnizaciones, Dalla Blanca y otros trabajadores plantearon la inconstitucionalidad del Dec. 1477/89<sup>142</sup> en lo relativo a la naturaleza no remunerativa de los denominados "ticket" canasta. El decreto de necesidad y urgencia había sido dictado por Carlos Menem el 14 de diciembre de 1989 y, la naturaleza no remunerativa disminuía, en este caso, el monto de la indemnización.

Tanto la Cámara Quinta del Trabajo de la Ciudad de Mendoza cuanto la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza declararon la inconstitucionalidad del citado decreto. A diferencia de lo sucedido en la mayoría de los casos hasta aquí citados, llegado el caso a la Corte Suprema, los votos separados de Carlos Fayt, Augusto C. Belluscio, Enrique Petracchi, Antonio Boggiano y Gustavo Bossert confirmaron la sentencia apelada, mientras que los votos disidentes de Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo López confirmaron la validez del decreto.

<sup>141</sup> Sentencia del 24 de noviembre de 1998, Fallos 321:3133.

<sup>142</sup> B.O del 20-12-1989.

## 11. "Verrocchi, Ezio D. c. Administración Nacional de Aduanas"<sup>143</sup>

El Decreto de Necesidad y Urgencia 770/96<sup>144</sup> y su reglamentario 771/96,<sup>145</sup> ambos sancionados el 15 de julio de 1996 y titulados "Asignaciones Familiares", estipularon que quienes ganasen más de \$1000, quedaban excluidos del cobro de las asignaciones familiares establecidas por la Ley 18.017 y derogó toda otra legislación que contradijera dichos decretos. Es decir, el Decreto 770/96 era una medida más en un contexto de un constante proceso de flexibilización laboral. No obstante, unos pocos meses más tarde, el 2 de octubre de 1996, el Congreso sancionó la Ley 24.714,<sup>146</sup> denominada "Régimen de Asignaciones Familiares", que fue promulgada parcialmente el 16 de octubre de ese año. En el art. 25 la ley decía derogar la Ley 18.017 y sus modificaciones, y los Decretos 770/96 y 771/96.

Ante la situación descripta, Ezio Daniel Verrocchi presentó una acción de amparo tendiente a cobrar el monto correspondiente a los meses en los cuales no había percibido las asignaciones familiares. Confirmando las sentencias del juzgado de primera instancia y de la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, la mayoría de la Corte –integrada por Carlos Fayt, Augusto Belluscio y Gustavo Bossert– entendió no estaban cumplidos los recaudos para el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia 770/96, por lo que debía hacerse lugar a lo peticionado por Verrocchi. En los votos concurrentes se observa que mientras el juez Boggiano presentó argumentos similares a los expuestos por el voto mayoritario, el juez Petracchi entendió que hasta tanto no se dictara la ley reglamentaria del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, todos los decretos de necesidad y urgencia debían considerarse nulos.

Los jueces que se expresaron en disidencia –Julio Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo López– entendieron que al sancionarse la Ley 24.714 y en su art. 25 derogar los Decs. 770/96 y 771/96, el Congreso no había hecho otra cosa que admitir la validez de los decretos, dado que

<sup>143</sup> Sentencia del 19 de agosto de 1999 Fallos 322:1726. Resúmenes de la sentencia en MIDÓN, Mario A., "Decretos de Necesidad y Urgencia - 'Verrochi': Empate técnico entre la libertad y el poder", *La Ley* 1999-E, 590 y BALBÍN, Carlos, "La causa 'Verrocchi, Ezio D. c. Administración Nacional de Aduanas'" en HUTCHINSON Tomás, Colección de Análisis Jurisprudencial Elementos de Derecho Administrativo, Ed. Ley, Bs. As., 2003.

<sup>144</sup> B.O. del 16-07-1996.

<sup>145</sup> B.O. del 16-07-1996.

<sup>146</sup> B.O. del 18-10-1996.

sólo se podía derogar lo que se tenía como válido. Por todo esto no correspondía que Verrocchi cobrara las sumas correspondientes a los meses en los cuales no había percibido las asignaciones familiares.

## 12. "Guida, Liliana c. Poder Ejecutivo Nacional."<sup>147</sup>

En el caso "Guida" la Corte Suprema se pronunció sobre la constitucionalidad del recorte de los sueldos al sector público. Los jueces se pronunciaron sobre una medida adoptada en su momento por Carlos Menem en la misma semana que el Presidente Fernando De la Rúa había sancionado un decreto de similar contenido. Recordemos aquí, que en el relato de los episodios de protesta anteriormente desarrollado, uno de los reclamos era la derogación del recorte dispuesto por De la Rúa.

Durante el decenio de 1990 el Poder Ejecutivo inauguró un período de control del gasto público por vía del recorte de las remuneraciones de quienes trabajaban en la Administración Pública Nacional, medida instrumentada, finalmente, con el Decreto de Necesidad y Urgencia 290/95.<sup>148</sup> La norma, dictada por el Presidente Menem el 27 de febrero de 1995, estableció reducciones proporcionales teniendo en cuenta los niveles salariales. Dos años más tarde, el Dec. 1421/97<sup>149</sup> de diciembre de 1997 dejaba sin efecto esta reducción a partir del 1 de enero de 1998. No obstante, con la Presidencia de Fernando De la Rúa, los recortes tendrían un segundo round.

El Decreto 430/00<sup>150</sup> dictado el 29 de mayo por el Presidente De la Rúa, dispuso la reducción de las retribuciones brutas, totales, mensuales, normales, habituales, regulares y permanentes en el sector público nacional, incluyendo los contratos de locación de servicios o de obra intelectual prestados a título personal, sin plazo de extensión y con fundamento en la necesidad de cumplir con el art. 2º inc. b) de la Ley 25.152.<sup>151</sup>

A los pocos días de sancionado aquél recorte, el 2 de junio, el Diario *Clarín* titulaba: "La Corte avala hoy el recorte de sueldos de empleados

<sup>147</sup> Sentencia del 02 de junio de 2000, La Ley 2000-C, 828. Un resumen de la sentencia en GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Decretos de necesidad y urgencia y control de constitucionalidad. La Corte Suprema de Justicia y un nuevo retroceso", *La Ley* 2000-D, 372.

<sup>148</sup> B.O. del 01-03-1995.

<sup>149</sup> B.O. del 30-12-1997

<sup>150</sup> B.O. del 31-05-2000.

<sup>151</sup> B.O. del 21-09-1999.



estatales" para luego explicar que "la Corte Suprema dará hoy una clara señal de apoyo a la política de ajuste cuando declare válido –probablemente por unanimidad– un decreto dictado hace cinco años por el entonces presidente Carlos Menem, por medio del cual se dispuso una rebaja salarial muy similar a la anunciada el lunes por su sucesor, Fernando de la Rúa. Así, la extensión de los tiempos judiciales –muy diferentes a los políticos– hará que la Alianza se vea directamente beneficiada por un fallo que, en rigor, tiene que ver con un acto de gobierno del menemismo"<sup>152</sup>.

Efectivamente, aquel 2 de junio, los jueces de la Corte se pronunciaron en favor de la constitucionalidad del Dec. 200/95. Liliana Guida, agente de la Comisión Nacional de Energía Atómica, había promovido una demanda con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 Decreto 290/1995, mediante los cuales el entonces Presidente Menem había aplicado una rebaja en los salarios de los empleados públicos. Tanto en primera cuanto en segunda instancia se había hecho lugar al pedido de la actora, pero la mayoría de la Corte Suprema –integrada por Julio Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo López– y los votos concurrentes de Carlos Fayt, Augusto Belluscio, Antonio Boggiano, Gustavo A. Bossert y Adolfo Vázquez, una semana después de que el gobierno de Fernando De la Rúa redujese nuevamente los salarios de los empleados públicos, revocó los pronunciamientos de las instancias anteriores y avaló la constitucionalidad de aquel decreto dictado por Carlos Menem. Enrique Petracchi fue el único juez que votó en disidencia.

El diario *Clarín*, al relatar el contenido de la sentencia, tituló: "La Corte en pleno apoyó la rebaja de salarios" y agregó en el copete que "la medida constituye un aval de peso al ajuste. El tribunal se pronunció sobre un decreto de la gestión de Menem. Pero cierra ahora el camino a posibles reclamos judiciales de los estatales"<sup>153</sup>. Por su lado, *Página/12* publicaba que "la Corte Suprema de Justicia le dio la esperada alegría a Fernando de la Rúa y al mismo tiempo intentó clausurar todas las posibilidades de que los trabajadores afectados por el nuevo ajuste puedan frenarlo haciéndole juicio al Estado. Los nueve miembros del Alto Tribunal convalidaron la

<sup>152</sup> Diario *Clarín* del 2 de junio de 2000, "La Corte avala hoy el recorte de sueldos de empleados estatales", sección política.

<sup>153</sup> Diario *Clarín* del 3 de junio de 2000, "La Corte en pleno apoyó la rebaja de salarios", sección política.

constitucionalidad de un decreto dictado en 1995 por Carlos Menem similar al que firmó el Presidente esta semana"<sup>154</sup>.

Finalmente y bajo el título "La Corte respaldó la rebaja salarial" *La Nación* narraba que el máximo tribunal había brindado "un categórico respaldo al recorte de salarios estatales dispuesto esta semana por el presidente Fernando de la Rúa cuando ayer convalidó un decreto similar firmado hace cinco años por su predecesor, Carlos Menem"<sup>155</sup>. Asimismo, en otra de las notas publicada por el mismo diario, se afirmaba que "la Corte Suprema de la Nación le proporcionó ayer al presidente Fernando de la Rúa un soporte institucional y político de inestimable valor (...) El Poder Ejecutivo ha logrado así lo que más necesitaba: el respaldo del Poder Judicial para llevar adelante su severo plan de ajuste en el punto más crítico y controvertible, que es el de la rebaja de los sueldos del personal del Estado"<sup>156</sup>.

## VI. PALABRAS FINALES

Cuando emprendí la tarea de reconstruir el relato de los episodios de protesta de diciembre de 2001 y el primer cuatrimestre de 2002 me llamó fuertemente la atención la constante presencia de los jueces de la Corte Suprema en numerosísimos casos: marchas a Plaza de Mayo, asambleas barriales, cortes de calles, etc. Tenía alguna idea sobre las protestas frente al Palacio de Tribunales, algo sabía de las protestas de la Asociación de Abogados Laboralistas pero no imaginaba todo lo demás. Menos imaginaba aquella bandera que los andinistas habían clavado en la cumbre del Cerro *El Plata*, desobedeciendo la máxima de no llevar peso innecesario.

Los jueces de la Corte Suprema estuvieron en el centro de más episodios de protestas de los que había imaginado; el contenido de los reclamos fue mayor que el imaginado, pero también fue menor. A excepción de alguna pancarta, y que no pertenecía a la AAL, en ningún momento pareció ponerse en tela de juicio la idea misma de tener un Poder Judicial, de tener una Corte Suprema, de que sea la Corte Suprema, alejada de toda participación

<sup>154</sup> Diario *Página/12* del 3 de junio de 2000, "Una prueba de amor de la Corte Suprema", sección el país, nota firmada por Adriana Meyer.

<sup>155</sup> Diario *La Nación* del 3 de junio de 2000, "La Corte respaldó la rebaja salarial", sección política, nota firmada por Adrián Ventura

<sup>156</sup> Diario *La Nación* del 3 de junio de 2000, "Un soporte institucional de inestimable valor", sección política, nota firmada por Bartolomé de Vedia.

ciudadana, la facultada para resolver en última instancia las medidas de fuerte contenido político como las políticas de flexibilización laboral.

"Fuera la Corte Suprema" decía la bandera que los andinistas habían llevado entre el equipaje de ascenso en la aventura de montaña. Pero el contenido de ese "Fuera la Corte Suprema" tamizado con los reclamos de aquel entonces, se reducía a fuera los jueces de la Corte Suprema. Un "Fuera la Corte Suprema" cargado con el contenido de, por ejemplo, "No más una Corte Suprema" es un reclamo que por ese entonces no parece haber dejado rastro. Tal vez, ese contenido, esa significación sea un equipaje demasiado pesado para nuestros andinistas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Mario, *La responsabilidad civil en la Ley sobre Riesgos del Trabajo*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998.
- AUYERO, Javier, *La protesta. Retratos de la beligerancia popular en la argentina democrática*, Libros del Rojas, Bs. As., 2002.
- BALBÍN, Carlos, "La causa 'Verrocchi, Ezio D. c. Administración Nacional de Aduanas'" en HUTCHINSON Tomás, *Colección de Análisis Jurisprudencial Elementos de Derecho Administrativo*, Ed. Ley, Bs. As., 2003.
- BARBETTA, Pablo y LAPEGNA, Pablo, "Cuando la protesta toma forma: los cortes de ruta en el norte salteño" en GIARRACA, Norma, *La protesta social en la Argentina. Transformaciones económicas y crisis social en el interior del país*, Ed. Alianza, Bs. As., 2001.
- CAFASSI, Emilio, *Olla a presión. Cacerolazos, piquetes y asambleas, sobre el fuego argentino*, Libros del Rojas, Bs. As., 2002.
- CHERESKY, Isidoro, "De la crisis de representación al liderazgo presidencialista. Alcances y límites de la salida electoral de 2003" en CHERESKY, Isidoro, POUADELA, Inés (eds.), *El voto liberado. Elecciones 2003: perspectiva histórica y estudio de casos*, Ed. Biblios, Bs. As., 2004.
- CHERESKY, Isidoro, POUADELA, Inés, "La incertidumbre organizada. Elecciones y competencia política en Argentina (1983-2003)" en CHERESKY, Isidoro, POUADELA, Inés (eds.), *El voto liberado. Elecciones 2003: perspectiva histórica y estudio de casos*, Ed. Biblios, Bs. As., 2004
- COLAUTTI, Carlos E., *Precisiones sobre el delito de asociación ilícita, La Ley 2002-A*, 236
- DAHL, Robert "La toma de decisiones en una democracia: La Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas" (trad. de María

- Luisa Piqué y María Victoria Ricciardi) en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, n° 1, 2007.
- DELAMATA, Gabriela, *Los barrios desbordados. Las organizaciones de desocupados del Gran Buenos Aires*, Eudeba, Bs. As., 2004.
- DELEUZE, Gilles, GUATTARI, Félix, *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia* (trad. de José Vázquez Pérez), Ed. Pre-Textos, Valencia, 1994.
- GALANTE, Miguel, LUQUE, Beatriz y FUKS, Marcela, "Sobre terrorismo de Estado y resistencia: los orígenes de Madres de Plaza de Mayo", *Movimientos sociales. Experiencias históricas. Tendencias y conflictos*, Anuario 21, Homo Sapiens Ediciones, Rosario, 2006.
- GARCÍA TORRES, Tristán, *Algunas consideraciones sobre el delito de asociación ilícita y el bien jurídico protegido*, La Ley, 2002-B, 186.
- GIARRACA, Norma, "La protesta agrorrrural en Argentina" en SEOANE, José (comp.), *Movimientos Sociales y conflicto en América latina*, Clacso, Bs. As., 2003.
- : "De las fincas y las casas a las rutas y las plazas: las protestas y las organizaciones sociales en la Argentina de los mundos 'rururbanos'. Una mirada desde América Latina", *Revista Sociológicas*, n° 8, Porto Alegre, 2003.
- GIARRACA, Norma, BIDASECA, Karina, "Introducción" en GIARRACA, Norma (comp.), *La protesta social en la Argentina. Transformaciones económicas y crisis social en el interior del país*, Ed. Alianza, Bs. As., 2001
- GIARRACA, Norma, WAHREN, Juan, "Territorios en disputa: iniciativas productivas y acción política en Mosconi, Argentina", *Observatorio Social de América Latina*, n°16, Clacso, Bs. As., 2005.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Decretos de necesidad y urgencia y control de constitucionalidad. La Corte Suprema de Justicia y un nuevo retroceso*, La Ley, 2000-D, 372.
- GONZÁLEZ, Horacio, *Problemas y desafíos en COLECTIVO SITUACIONES, 19 y 20. Apuntes para el nuevo protagonismo social*, ed. De mano en mano, Bs. As., 2002
- GRUPO DE ESTUDIOS SOBRE PROTESTA SOCIAL Y ACCIÓN COLECTIVA, *Transformaciones de la protesta social en Argentina 1989-2003*, Documentos de Trabajo del Instituto Gino Germani, n° 48, 2006.
- HERRERA, María Rosa "La contienda política en Argentina 1997-2002: Un ciclo de protesta" en *América Latina Hoy*, n°48, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2008.

- : "Beligerancia popular en Argentina: apertura de un ciclo de protesta 1997-2002" en *Revista Eúphoros*, n°6, Revista del Centro Asociado UNED, Algeciras, 2003.
- ÍÑIGO CARRERA, Nicolás, COTARELO, María Cecilia, "Génesis y Desarrollo de la insurrección espontánea de diciembre de 2001 en Argentina" en CAETANO, Gerardo (Coord.), *Sujetos sociales y nuevas formas de protesta en la historia reciente de América Latina*, Clacso, Bs. As. 2006.
- : "Argentina, diciembre de 2001: hito en el proceso de luchas populares" en SEOANE, José (Coord.) *Movimientos sociales y conflictos en América Latina*, Clacso, Bs. As., 2003.
- LOBATO, María Zaida, SURIANO, Juan, *La protesta social en la Argentina*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2003.
- MACEIRA, Verónica, SPALTENBERG, Ricardo, "Una aproximación al movimiento de desocupados en el marco de las transformaciones de la clase obrera argentina", *Observatorio Social de América Latina*, n°5, Clacso, Bs. As., 2001.
- MARIOTTI, Daniela, COMELLI, María, PETZ, María Inés, WAHREN, Juan, GIARRACA, Norma y TEUBAL, Miguel, *Tiempos de Rebelión: "Que se vayan todos". Calles y plazas en la Argentina: 2001-2002*, ed. Antropofagia, Bs. As., 2007.
- MERKLEN, Denis, *Pobres ciudadanos. Las clases populares en la era democrática (Argentina, 1983-2003)*, Ed. Gorla, Bs. As., 2005.
- MIDÓN, Mario A., *Decretos de necesidad y urgencia - 'Verrochi': Empate técnico entre la libertad y el poder*, La Ley, 1999-E, 590.
- OLIVA FUNES, Jorge, SARACHO CORNET, Teresita, *La emergencia económica y los convenios colectivos de trabajo, LLC 1990*, 927.
- OVIEDO, Luis *Una historia del movimiento piquetero. De las primeras coordinadoras al argentinazo*, Ediciones Rumbos, Bs. As., 2004.
- PAWLOWSKY DE POSE, Amanda Lucía, *Inaplicabilidad del artículo 30 de la Ley de contrato de trabajo a las empresas exportadoras por la subcontratación de servicios de estibaje, DT 1993-B*, 1407.
- PÉREZ, Germán J., "Pálido Fuego: Hanna Arendt y la declinación de la figura del trabajador en las sociedades contemporáneas. Apuntes sobre los piqueteros en Argentina", en NAISHTAT, Francisco, NARDACCHIONE, Gabriel, PEREYRA, Sebastián, SCHUSTER, Federico (comps.), *Tomar la palabra. Estudios sobre protesta social y acción colectiva en la Argentina contemporánea*, Ed. Prometeo, Bs. As., 2005.

- : "Modelo para armar: complejidad y perspectivas de la protesta social en la Argentina reciente", *Argumentos. Revista electrónica de crítica social*, n°1, 2002.
- RIQUELME, Quintín, "Los conflictos sociales en el contexto de la democracia paraguaya", en SEOANE, José (comp.), *Movimientos Sociales y conflicto en América latina*, Clacso, Bs. As., 2003.
- RODRÍGUEZ NOVO, Daniel, "La movilidad de las prestaciones y el desarrollo de la protección social", en ACKERMAN, Mario Eduardo, *Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ed. La Ley, Bs. As., 2002.
- ROSSI, Federico Matías, "Crisis de la república delegativa. La constitución de nuevos actores políticos en la argentina (2001-2003): Las asambleas vecinales y populares", *Revista América Latina Hoy*, n°39, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005
- SÁNCHEZ, Pilar, *El cutralcazo. La pueblada de Cutral Có y Plaza Huincul*, Cuadernos de Editores Ágora, Bs. As., 1997.
- SANTIAGO, Alfonso (h.), *Entre la eficacia y el control del poder político: un trascendente fallo de la Corte sobre delegación legislativa*, La Ley, 1994-B, 633.
- SCHUSTER, Federico "Las protestas sociales y el estudio de la acción colectiva" en NAISHTAT, FRANCISCO, NARDACCHIONE, Gabriel, PEREYRA, Sebastián, SCHUSTER, Federico (comps.), *Tomar la palabra. Estudios sobre protesta social y acción colectiva en la Argentina contemporánea*, Ed. Prometeo, Bs. As., 2005.
- SCHUSTER, Federico *et. al.*, *La trama de la crisis. Modos y formas de protesta social a partir de los acontecimientos de diciembre de 2001*, Informe de coyuntura n°3, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Bs. As., 2002.
- SCRIBANO, Adrián, SCHUSTER, Federico "Protesta social en la argentina de 2001: entre la normalidad y la ruptura", *Observatorio Social de América Latina*, n°5, Clacso, Bs. As., 2001.
- SEOANE, José, TADDEI, Emilio, ALGRANATI, Clara, "Las nuevas configuraciones de los movimientos populares en América Latina" en BORÓN, Atilio, LECHINI, Gladys (comps.), *Política y movimientos sociales en un mundo hegemónico. Lecciones desde África, Asia y América Latina*, Clacso, Bs. As., 2006.
- SINGMAN, Ezequiel, *Justicia para todos. Cómo cayó la Corte menemista*, Euros editores, Bs. As., 2008.

SVAMPA, Maristella, *Las dimensiones de las movilizaciones sociales en Argentina: un balance necesario*, en <<http://www.maristellasvampa.net/archivos/ensayo17.pdf>>.

SVAMPA, Maristella, PEREYRA, Sebastián, *Entre la ruta y el barrio. La experiencia de las organizaciones piqueteras*, ed. Biblios, Bs. As., 2003, pp. 54-70.

—: "La política de los movimientos piqueteros" en NAIŠTAT, Francisco, NARDACCHIONE, Gabriel, PEREYRA, Sebastián, SCHUSTER, Federico (comps.), *Tomar la palabra. Estudios sobre protesta social y acción colectiva en la Argentina contemporánea*, Ed. Prometeo, Bs. As., 2005. *Dimensions of the piquetero experience: Organizations of the Unemployed in Argentina*, disponible en <<http://www.maristellasvampa.net/archivos/ensayo18.pdf>>.

ZIBECCHI, Raúl, *Genealogía de la revuelta. Argentina: la sociedad en movimiento*, Ed. Nordan-Comunidad y Letra libre, La Plata, 2003.





## TRADUCCIONES Y AFINES



## LOS LÍMITES DE LA EQUIVALENCIA: DE CÓMO LA LENGUA CONDICIONA LAS OPERACIONES DE ASIMILACIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS

SERGIO EDUARDO MURIAS\*

**Resumen:** En el campo de la traducción, encontrar una equivalencia entre conceptos jurídicos propios de sistemas jurídicos disímiles es una operación meramente comunicativa, que tiene un fin específico y que encuentra sus límites en la situación de comunicación concreta. A su vez, la lengua impone restricciones de índole léxica y gramatical a las operaciones de equivalencia. Mediante un análisis comparativo de textos del ámbito del derecho societario argentino y estadounidense, basado en la perspectiva de la gramática de casos, uno de esos límites aparece claramente delineado.

**Abstract:** Within the field of translation, finding an equivalence between legal concepts pertaining to different legal systems is a merely communicative operation, with a specific purpose; its limits are given at a certain communication situation. Language, in turn, imposes restrictions on the lexical and grammatical level to equivalence operations. Through a comparative analysis of texts from the Argentine and American corporate law field, and based on the perspective of case grammar, one of such limits is clearly outlined.

**Palabras clave:** equivalencias – gramática de casos – papeles temáticos – meeting – asamblea – valor gramatical – corte semántico-jurídico – equivalencia funcional o cultural – equivalencia lingüística.

**Keywords:** equivalences – case grammar – thematic roles – meeting – grammar value – semantic-legal nature – functional or cultural equivalence – linguistic equivalence

\* Traductor Público (UBA), docente de Traducción e Interpretación III, cátedra Federico González (UBA).

## INTRODUCCIÓN

Hay equivalencias y equivalencias<sup>1</sup>. Todo traductor lo sabe cabalmente. Desde el punto de vista de la traducción, decir meramente que un instituto jurídico *a* equivale a un instituto jurídico *b* es decir tan poco –o tanto– como que dos manzanas equivalen a un racimo de uvas. La pregunta que surge inmediatamente sería: ¿equivalen *en qué*? ¿En valor calórico, en contenido proteico, en sabor, en las posibilidades de convertirse en sendas bebidas alcohólicas después de un proceso de fermentación y estacionamiento? En todo caso, la respuesta dependerá de un acto voluntario de selección (que no tiene que ver con las bebidas alcohólicas aludidas, al menos no durante la jornada de trabajo de traducción, digamos): es necesario optar por una o más de esas dimensiones para *crear* la equivalencia, que no es más que el resultado de una operación intelectual, externa a las propiedades intrínsecas de cada fruto. Consideradas individualmente, manzanas y uvas –tanto como los institutos jurídicos– son ajenas a toda operación algebraica hasta tanto no aparezca una inteligencia que abstraiga determinados valores y los yuxtaponga con la intermediación del signo ‘igual’.

Pero, ¿en qué medida la lengua condiciona las posibilidades de establecer equivalencias?

## UNA TRADUCCIÓN

Veamos la traducción del art. 197 de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales que se propone a continuación:

(1) *ARTÍCULO 197. — La asamblea extraordinaria, con las mayorías del último párrafo del artículo 244, puede resolver en casos particulares y excepcionales, cuando el interés de la sociedad lo exija, la limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones, bajo las condiciones siguientes:*

<sup>1</sup> Para un panorama general del concepto de la equivalencia en traducción, ver LÓPEZ GUIX, Juan Gabriel y MINETT WILKINSON, Jacqueline *Manual de traducción*. Barcelona, Gedisa, 1999. p. 271; ver además VINAY, Jean-Paul y DARBELNET, Jean. *Stylistique comparée du français et de l'anglais*, París, Didier, 1977; Newmark, Peter. *A Textbook of Translation*, Hemel Hempstead, Prentice Hall, 1988.

“In specific and extraordinary cases as is required in the interests of the corporation, the special meeting may, subject to the majority requirements set out in the last paragraph of section 244, resolve to restrain or suspend shareholders’ preemptive rights, provided the following conditions are met:”

Hay algo en esta versión que es completamente inviable desde el punto de vista lingüístico. Se trata del uso erróneo del sustantivo “meeting” como sujeto de la oración, que es un problema básico muy frecuente en las primeras aproximaciones a la traducción de textos relacionados con el derecho societario.

Para explicar el error, quizá no sea ocioso remitirnos a algunos conceptos gramaticales básicos provenientes de la gramática de casos propuesta por investigadores como Fillmore (1968) y desarrollada por otros como Radford (1997).

En sus rasgos más generales, la gramática de casos presenta la oración como una estructura predicativa en la que el verbo es el núcleo de la predicación, en torno del cual gravitan distintos elementos que completan su significado. Se considera al verbo como la clase de palabra que establece “una puesta en escena que implica necesariamente determinados actores o participantes, manifestados por los argumentos del verbo”<sup>2</sup>.

Si bien no existe un acuerdo absoluto respecto de cuántos y cuáles son los papeles temáticos, los más reconocidos son: *agente*, *tema*, *experimentante*, *beneficiario*, *locativo*, *fuentes*, y *meta*<sup>3</sup>. (Radford, 1997)

A los fines de este artículo, caracterizaremos solamente los siguientes:

*Agente*: el que voluntariamente causa y realiza una acción, como *Pedro* en *Pedro levantó la mano*. Prototípicamente, el agente es ‘animado’.

*Tema*: el objeto efectuado, afectado o trasladado o cuya existencia o posición se predica, como *la pelota* en *Pedro pateó la pelota*. Cuando es más animado, suele denominarse *paciente* y estar marcado temáticamente con la preposición ‘a’, como *Juan* en *Pedro saludó a Juan*.

*Locativo*: el que designa una ubicación en relación con el evento, como *la mesa* en *Pedro puso el libro sobre la mesa*.

<sup>2</sup> GIAMMATTEO, M. y ALBANO, H. *¿Cómo se clasifican las palabras?* Littera, Buenos Aires 2006, p.37.

<sup>3</sup> RADFORD, Andrew. *Syntax: A Minimalist Introduction*. Cambridge University Press, Cambridge, 1997, p. 162.

Como sabemos, los papeles temáticos son independientes de las funciones sintácticas, y esta independencia es la que da origen en muchas lenguas a la división entre la voz pasiva y la voz activa: el papel temático *agente* se realiza sintácticamente como sujeto del verbo en la voz activa y como complemento agente en la voz pasiva. Inversamente, en la voz activa el papel argumental *tema* se realiza sintácticamente como complemento objeto directo y en la voz pasiva lo hace como sujeto.

En este marco teórico, es posible afirmar que la selección de papeles temáticos trae consigo un condicionamiento léxico-semántico: no todas las palabras pueden desempeñar todos los papeles temáticos. Como explica Radford, “el papel temático desempeñado por un argumento determinado con relación a su predicación determina el rango de expresiones que pueden realizar la función argumental relevante”<sup>4</sup>. Así, Radford cita ejemplos proporcionados por Lakoff, que ilustran esta tesis:

- a. *My uncle realizes that I'm a lousy cook.*
- b. *? My cat realizes that I'm a lousy cook...*
- c. *?? My goldfish realizes that I'm a lousy cook.*
- d. *?! My pet amoeba realizes that I'm a lousy cook.*
- e. *! My frying-pan realizes that I'm a lousy cook.*

## SUSTANTIVOS Y PAPELES TEMÁTICOS

Es posible encontrar casos en los que “asamblea” en castellano y “meeting” en inglés desempeñan papeles temáticos idénticos, inclusive en iguales funciones sintácticas. Para hacer las comparaciones estilísticas que procuran justificar las conclusiones de este artículo, hemos conformado nuestro modesto *corpus* a partir de la Ley de Sociedades Comerciales argentina N° 19.550, para los ejemplos en castellano, y los *Bylaws* de Microsoft Corporation, para los ejemplos en inglés, por haberlos considerado suficientemente representativos del lenguaje jurídico empleado en textos de derecho societario.

Tema como objeto directo:

(2) ARTÍCULO 265. — *El directorio, o en su defecto el síndico, por propia iniciativa o a pedido fundado de cualquier accionista, debe convocar a*

<sup>4</sup> RADFORD, A. *op. cit.*, p. 164.

*asamblea ordinaria para la remoción del director o gerente incluido en el artículo 264, que se celebrará dentro de los cuarenta (40) días de solicitada.*

**(3) 1.7. Adjournment**

*A majority of the shares represented at the meeting, even if less than a quorum, may adjourn the meeting from time to time.*

Tema como sujeto:

*(4) If a meeting is adjourned to a different date, time, or place, notice need not be given of the new date, time, or place if a new date, time, or place is announced at the meeting before adjournment (...)*

*(5) ARTÍCULO 236. — Las asambleas ordinarias y extraordinarias serán convocadas por el directorio o el síndico en los casos previstos por la ley (...)*

Locativo en núcleo de complemento locativo:

*(6) ARTÍCULO 250. — Cuando la asamblea deba adoptar resoluciones que afecten los derechos de una clase de acciones, que se requiere el consentimiento o ratificación de esta clase, que se prestará en asamblea especial regida por las normas de la asamblea ordinaria.*

*(7) No business may be transacted at an annual or special meeting of shareholders other than business that is...*

No obstante, no se hallan o en todo caso son extremadamente raros los casos en que en inglés “meeting” se desempeña como agente, ya sea como sujeto agentivo o como núcleo de complemento agente. Sucede que el sustantivo inglés “meeting”, a diferencia del español “asamblea”, no está capacitado semánticamente para desempeñar el papel temático agente, y por eso no puede realizarse sintácticamente como sujeto agentivo ni como complemento agente. En cambio, sí es posible encontrarlo realizado como sujeto pero desempeñando el papel *tema*. Esto es, en castellano, la asamblea se reúne, resuelve, decide, delibera y *hace* una variedad de otras cosas. En inglés, la asamblea (*meeting*) no puede *hacer* nada; solamente puede *recibir* el efecto de una acción, p.ej., “ser convocada” o “ser aplazada”<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Claro que “meeting” puede ser sujeto del verbo “to be” en la voz activa, pero en este caso, por obvias razones semánticas, no será agente; según la gramática alemana de G.

En cambio, verbos como *resuelve*, *adopt* (*resolutions*), *elect*... seleccionan el sustantivo “*shareholders*” en función sintáctica sujeto o complemento agente, usualmente acompañado de “*meeting*” como complemento locativo:

(8) *The number of directors may at any time be increased or decreased by resolution of the Board of Directors or by the shareholders at the annual meeting.*

(9) *At each annual shareholders' meeting the shareholders shall elect the directors to hold office until the next annual meeting of the shareholders and until their respective successors are elected and qualified.*

La razón fundamental de este fenómeno yace en el distinto valor gramatical que el inglés y el castellano jurídicos otorgan a los sustantivos “*meeting*” y “*asamblea*”, respectivamente. Puesto que las entidades designadas poseen límites temporales, estos sustantivos se usan habitualmente con verbos como ‘empezar’, ‘comenzar’ y ‘tener lugar’. Se trata de sustantivos pasibles de una doble interpretación: eventiva y objetual, como *accidente*, *batalla*, *cena*, *cacería*, *concierto*, *conferencia*, *curso*, *eclipse*, *desfile*, *encuentro*, *función*, *llegada*, *muerte*, *nacimiento*, *partido*, *paseo*, *reunión*, *sesión*, *tempestad*. Estos sustantivos pueden ser percibidos como eventos (10a) o como objetos (10b)<sup>6</sup>:

(10) (a) *La cena comenzará a las ocho*  
*La cena está servida.*

Ambos sustantivos (ya que sería inexacto hablar de que se tratan del “mismo sustantivo” en distintos idiomas) comparten la interpretación eventiva (ejemplos 4 y 5); pero mientras en castellano “*asamblea*” es pasible de ambas interpretaciones, “*meeting*” no es pasible de interpretación objetual (que en este caso, poseería el rasgo “animado” que lo capacitaría para ser un sustantivo prototípicamente agentivo)<sup>7</sup>. Y en este sentido

---

Helbig y J. Buscha el sujeto del verbo ser (en voz activa) desempeñaría el papel de “portador de estado”. Ver Helbig, G. y Buscha, J., *Deutsche Grammatik: ein Handbuch für den Ausländerunterricht*, Berlin, Langenscheidt, 2004, p. 468-472.

<sup>6</sup> BOSQUE, Ignacio. *Gramática descriptiva de la lengua española*, Madrid, Espasa Calpe, 1999, ¶1.5.2.4

<sup>7</sup> GIAMMATTEO, M. y ALBANO, H., Op. cit. Ver además, Cuartero Otal, Juan. *Algunas consideraciones sobre la agentividad en español*. En: < dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\_



también podría establecerse como generalidad una doble correlación entre la interpretación objetual de los sustantivos y su capacidad argumental para desempeñarse como sujeto agentivo por un lado, y la interpretación eventiva y su incapacidad para desempeñarse como sujetos agentivos, por el otro.

Asimismo, es posible que a esta determinación lingüística subyazca otra de corte semántico-jurídico, según la cual en el derecho argentino, la asamblea constituye un *órgano* (de gobierno de la entidad societaria)<sup>8</sup>, y como tal goza de una suerte de “personalidad” (que se corresponde con los rasgos +concreto +animado, y que acaso pueda interpretarse como el resultado de un procedimiento sinecdóquico para referirse a *los accionistas reunidos en asamblea*), mientras que en el derecho anglo-norteamericano la asamblea es tratada meramente como un evento en el que se reúnen los verdaderos *autores* de las decisiones societarias, que son los accionistas; nótese que el órgano de gobierno en las *corporations* es el *board of directors* (“equivalente” a nuestro *Directorio*, órgano de administración), y el sintagma *board of directors* sí puede desempeñarse como sujeto agentivo, aunque no es susceptible de interpretación eventiva<sup>9</sup>.

Como se ve, el problema para el traductor suele presentarse cuando es preciso verter al inglés una oración donde “asamblea”, como sucede con frecuencia, desempeña el papel de agente:

(11) *La asamblea extraordinaria, con las mayorías del último párrafo del artículo 244, puede resolver en casos particulares y excepcionales, cuando el interés de la sociedad lo exija, la limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones, bajo las condiciones siguientes:*

Como hemos visto, el respeto por las relaciones léxico-semánticas y las estructuras argumentales del inglés prohibiría utilizar “meeting” como sujeto agentivo, y en cambio, como salida se propone reubicarlo como complemento locativo en una oración donde el sujeto agentivo sea “shareholders”:

---

articulo?codigo=58998>. Ver además, Hadlich, Roger L., *A Transformational Grammar of Spanish*, Englewood Cliffs, NJ, Prentice-Hall Inc., 1971, pp. 18-26.

<sup>8</sup> NISSEN, Ricardo A. *Curso de derecho societario*. 2ª. edición. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006. p. 429

<sup>9</sup> Es decir, no es pasible de aparecer como sujeto de verbos como *tener lugar*, *suceder*, *comenzar* o *finalizar*.

*(12) The shareholders at a special meeting may, subject to the majority requirements set out in section 244...*

## CONCLUSIONES

La gramática de casos nos ha permitido explicar contrastivamente un fenómeno discursivo que pone de manifiesto una diferencia estilística entre el inglés y el castellano jurídicos, de la que pueden encontrarse otros ejemplos. Fuera del ámbito del derecho societario, por ejemplo, es posible encontrar otros pares de sustantivos en inglés y en español jurídicos cuyas competencias para desempeñarse como agentes no siempre coinciden, como “jurisprudencia” y “case law”:

*(13) Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que “...aun en el sentir de los que interpretan la primera parte de nuestro art. 32...”<sup>10</sup>*

Son menos frecuentes las ocasiones en que el sintagma “case law” aparece como sujeto agentivo, que tiende a rechazar tal interpretación, aunque se encuentran algunos ejemplos:

*(14) Relative to Plaintiff’s claim against the 54<sup>th</sup> Judicial Circuit Court, case law provides that it is not a suable entity.<sup>11</sup>*

En cambio, el inglés jurídico tiende a preferir el sustantivo “courts” (en particular en plural) para designar a la jurisprudencia como fuente de derecho en papel semántico agente.

*(15) Indeed, we presume the Legislature knows how courts have interpreted the words it uses.*

Pero lo que tal vez sea más importante es que a la luz de estos fenómenos nos vemos obligados a reconocer que la equivalencia funcional o

<sup>10</sup> PONZETTI DE BALBÍN, Indalia c. Editorial Atlántida, S.A. La Ley 1985-B, 120; JA 985-1-513; ED, 112-242.

<sup>11</sup> Cummings v. 54<sup>th</sup> Judicial Circuit Court *et al.*, en <<http://www.scribd.com/doc/2708830/Cummings-v-54th-Judicial-Circuit-Court-et-al-Document-No-5>>, p. 5.

cultural, cuando es posible establecerla (con todos los riesgos inherentes a esa operación de traducción), no implica necesariamente la posibilidad de una equivalencia lingüística (a nivel estructural o semántico), e incluso que aquella encuentra su límite en ésta. Esto que es a todas luces una premisa de traducción tan básica, y que pertenece a una suerte de estilística jurídica comparada, merece especial atención a fin de lograr una mayor calidad en nuestras traducciones, que no pasa solamente por la precisión terminológica (si es que es concebible como tal a la luz de la natural 'inequivalencia' de los distintos sistemas jurídicos), sino por la adecuación a los condicionamientos discursivos de la lengua meta.

## BIBLIOGRAFÍA

- BOSQUE, I. *El nombre común*. Real Academia Española, *Gramática descriptiva de la lengua española I*. Dir. Bosque, I. y Demonte, V. Madrid, Espasa Calpe. 1999.
- DI TULLIO, A. *Manual de gramática del español*. La isla de la luna, Buenos Aires, 1997.
- GIAMMATTEO, M. y Albano, H. *¿Cómo se clasifican las palabras?* Buenos Aires, Littera, 2006
- HADLICH, R. L., *A Transformational Grammar of Spanish*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, Inc., 1971.
- HELBIG, G. y Buscha, J., *Deutsche Grammatik: ein Handbuch für den Ausländerunterricht*, Berlin, Langenscheidt, 2004
- LÓPEZ GUIX, J. G. y Minett Wilkinson, J. *Manual de traducción*. Barcelona, Gedisa, 1999.
- NEWMARK, P. *A Textbook of Translation*, Hemel Hempstead, Prentice Hall, 1988.
- NISSEN, R. A. *Curso de derecho societario*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.
- RADFORD, A. *Syntax: A Minimalist Introduction*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997
- RADFORD, A. *Transformational Grammar: A First Course*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997
- VINAY, J-P. y Darbelnet, J., *Stylistique comparée du français et de l'anglais*, París, Didier, 1977
- Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550
- Microsoft Bylaws, <<http://www.microsoft.com/about/companyinformation/corporategovernance/bylaws.mspx>>.



## LA TRADUCCIÓN Y LOS INSTRUMENTOS PANHISPÁNICOS ACADÉMICOS\*

PEDRO LUIS BARCIA \*\*

**Resumen:** En este artículo, elaborado por el autor a partir de una conferencia, se exponen las principales herramientas panhispánicas sobre la lengua española que han dado a conocer, en los últimos años, la Real Academia Española y la Asociación de Academias de la Lengua Española. Asimismo el autor expone ciertas consideraciones sobre la lengua española en la Argentina y la relación entre lengua y Derecho.

**Abstract:** This essay, written by the author based on a lecture he gave, deals with the main Hispanic tools on the Spanish language released in the last years by the Spanish Royal Academy and the Association of Spanish Language Academies. The author also points out some ideas about Spanish in Argentina and the relationship between language and the Law.

**Palabras clave:** Herramientas panhispánicas – Real Academia Española – Asociación de Academias de la Lengua Española – Español – Lengua y derecho.

**Keywords:** Hispanic tools – Spanish Royal Academy – Association of Spanish Language Academies – Spanish – Language and the Law.

*A Jorge Reinaldo Vanossi*

\* Este texto fue elaborado por el autor a partir de la transcripción de su conferencia homónima pronunciada el 19 de mayo del 2009 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho (UBA), en el marco del encuentro “Abogados y traductores: usuarios especializados de la lengua española”.

\*\* Doctor en Letras por la Universidad Nacional de La Plata y presidente de la Academia Argentina de Letras.

No soy tan ininteligente como para introducirme sino en condición de tráfuga –la expresión de Séneca es acertada– en los campos de la traducción jurídica.

Sé que no se deben llevar lechuzas a Atenas ni naranjas al Paraguay. Por eso, y pese a mi condición de argentino, que me autoriza a hablar sueltamente –y con sostenida ignorancia casi enciclopédica– sobre todas las cosas y algunas otras, me abstendré de hacerlo, por mi secundaria índole de provinciano habituado a hablar poco y lo preciso. Recuerdo al personaje de *Sartor Resartus*, de Thomas Carlyle, que exhibe un título que parece connacional: “Doctor de Cosas en General”.

Pero el refrán placero me dice: “Más piensa un pobre (agrego; docente argentino) que diez abogados”. Lo que el refrán no dice es qué hace el indigente después de pensar, y no creo que pueda deducirse: “Más habla un pobre que diez abogados”. Al menos, en este caso, el pobre da conferencias.

Frente a la oportunidad de una traducción, cabe recordar la tal vez ligera pero alentadora cuestión que plantea Emerson: “Para qué esforzarse en atravesar el río a nado, con enorme esfuerzo, si hay un puente para cruzarlo”. Pero frente a ella, y sin salirnos de las formas de la vialidad, retraigamos la frase orteguiana, tomada del manido ensayo “Miseria y esplendor de la traducción”<sup>1</sup>: “La traducción no es la obra sino el camino hacia la obra”. Esta expresión final pareciera un eco de la postura de Valéry acerca de la creación poética, pero aplicada por el español a esta creación de segundo grado que es la traducción. También, con Valéry, podríamos decir, como él del poema: “No existen traducciones concluidas. Existen traducciones abandonadas, para editarse”.

Y ahora nos dejamos resbalar por el tobogán de la imagen y lo de Machado, “se hace camino al andar” y el resto de asociaciones fáciles, todas referibles al trabajo de versión de un texto de un idioma a otro. Lo cual, desde la denominación misma de “idioma”, nos advierte el étimo griego, la dificultad que existe, pues la voz significa ‘peculiaridad’, ‘naturaleza propia’, ‘índole característica’, y con ello, la casi imposibilidad de transferencia de una lengua a otra, y lo vano del intento.

Pero pensemos, al menos, en la experiencia del camino. En el cual, como sugieren algunos: el que va no debe mirar la cara de los que vuelven. Si es que alguien está de vuelta de la labor traductora. Y seguimos traduciendo.

<sup>1</sup> ORTEGA Y GASSET, José, *El libro de las misiones*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1940; Colección Austral, 1101.

No plantearé la impericia en el manejo del sistema español de la lengua que muestran tantos abogados, porque en ella están acompañados por una muchedumbre de profesiones, incluidos los docentes. Naturalmente, estos desajustados son los que no asisten a este encuentro. Contrasta el texto de la *Constitución de la Nación Argentina*, de 1853, redactada por las plumas vigiladas de Juan María Gutiérrez y José Benjamín Gorostiaga, con los más de doscientos errores lingüísticos que una investigadora de la lengua ha detectado en la *Constitución de la Nación Argentina*, de 1994. Ello generará múltiples trastornos y desencuentros interpretativos, dicho sea con profecía fácil.

### ¿CUÁL ES LA LENGUA OFICIAL DEL PAÍS?

Y ya que recuerdo la Ley Marco, reparemos en el epígrafe. Esta no es una cuestión menor, pero está desatendida. De existir una declaración constitucional o de ley especial, de reconocimiento de que nuestra lengua oficial es el español o castellano, toda actividad internacional que se realizara en territorio argentino (congresos, jornadas, etc.) deberán darle no solo espacio sino primacía a dicha lengua en las exposiciones. Hoy se puede convocar a un congreso internacional en Buenos Aires y determinar en su convocatoria que la lengua oficial será el inglés en las sesiones del encuentro. Esa situación de indefinición de lengua oficial tiene muchas derivaciones y consecuencias trascendentes para la vida cultural y política de nuestro país, y hace a la soberanía cultural de la Argentina.

He revisado los textos de todas nuestras constituciones: la de 1819, la de 1826, la nave insignia de 1853, la reformada en 1949 y, finalmente, la de 1994. En ninguna de ellas figura la lengua castellana o española como lengua oficial del país. Estimo que en las dos primeras se trató, quizás, de no insistir en una obviedad, porque no podía pensarse en otra lengua que aquella en la que se redactaba el texto constitucional y las leyes. Otra razón que posiblemente pesó, a partir de la de 1853, fue, tal vez, el pensamiento de Juan Bautista Alberdi, que ponía sus miras en una productiva y valiosa inmigración —esperanzada en pobladores de la Europa no latina; y la cosa salió al revés, como sabemos— que podría verse dificultada con la barrera de la lengua. En efecto, la declaración de una lengua oficial podría considerarse como un obstáculo para aquellos que pretendían su incorporación a nuestro país, que fue y es “una tierra que tiene / del lado de venir puesta la llave”, como cantó Leopoldo Lugones.

Otras, diferentes a la nuestra, son las realidades de hermanos países hispanoamericanos. En efecto, en Hispanoamérica las preferencias y actitudes están divididas, como veremos. Pero antes, dilucidemos una confusión muy generalizada.

Está casi impuesto en todos los planos de la cultura (lo político, lo social, lo artístico) el uso erróneo de “Latinoamérica” y “latinoamericano” por “Hispanoamérica” e “hispanoamericano”. “Latinoamérica” comprende a todos los países cuyas lenguas son de origen *latino*; y en nuestro continente, solo hay tres lenguas romances: el español, el portugués y el francés. *Latinoamérica* es, pues, designación que comprende en sí a todos los países del Nuevo Continente que no hablan inglés. De modo que corresponden a lo “latinoamericano”: las naciones que hablan español; Brasil, que habla portugués; y Haití, la Guayana Francesa y el sector francófono de Canadá, cuya lengua oficial es el francés. A ello deberíamos sumarle las naciones que hablan *papiamento*, el único dialecto del español generado en el Nuevo Mundo: Belice, Aruba y Bonaire.

Ahora bien, cuando alguien dice o escribe “Latinoamérica” o “latinoamericano”, ¿está incluyendo *todos* los países que acabo de enumerar? En un 98 % de los casos, no. Es la nominación más abarcadora de cuantas se puedan utilizar, si dejamos de lado el inglés. Lo cierto es que cuando, entre nosotros, se dice “Hispanoamérica” o “hispanoamericano” se quiere aludir a los países y cuestiones de los países que hablan español. Para ser precisos, lo que se debe usar es “Hispanoamérica” e “hispanoamericano”. Y, si, además de los países de lengua castellana se incluye Brasil, debe decirse “Iberoamérica” e “iberoamericano”<sup>2</sup>.

Retornemos al reconocimiento del español, o castellano, como idioma oficial en las constituciones de Hispanoamérica. La situación es ésta:

- a. Caso de los Estados Unidos de América: es exclusivo el uso de “español” –por supuesto, no constitucional–, para toda referencia a la lengua de los hispanos, primera minoría de los Estados Unidos de América<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Esta alteración de “Latinoamérica” por “Hispanoamérica” proviene de la literatura social francesa que, intencional e ideológicamente, evita mentar a España y salta a Roma, al latín. Es como aquel personaje de la novela picaresca que cuando le preguntaban quién era su padre decía “Mi abuelo”, y saltaba al progenitor por estar muy desacreditado su padre en su pueblo.

<sup>3</sup> Una novedad: la Academia Norteamericana de la Lengua Española, de la cual me honra ser Correspondiente, ha sido designada como referente oficial del Gobierno de los EUA –como escribe la sigla Carlos Fuentes– para dirimir en cuestiones de “lengua española”.



- b. Países en cuyas Constituciones no se define una lengua oficial, pero se induce que lo es aquella en la que está redactada la ley marco: la Argentina (siempre “la”, pues es un adjetivo sustantivado)<sup>4</sup>, Uruguay, Bolivia, Chile, República Dominicana y El Salvador.
- c. Países en cuyas constituciones se adopta como lengua oficial el “castellano”: Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela.
- d. Países en los que se adopta la “lengua española”: Costa Rica, Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá (Centroamérica).

Varios países (Colombia, Perú, Bolivia) reconocen que “las lenguas originarias o vernáculas” son oficiales en su ámbito de ejercicio y “forman parte del patrimonio cultural de la nación”. Paraguay es un país que reconoce constitucionalmente su bilingüismo<sup>5</sup>.

La Edad Media manejó la natural designación de “castellano”. Con Carlos I, se impuso “español”, que se rubricó en el siglo XVIII con los instrumentos nacidos de la flamante Real Academia Española (RAE): el *Diccionario*, la *Gramática* y la *Ortografía*.

La evolución de las designaciones ha sido ya muy tratada y esclarecida en trabajos específicos, que por conocida es ocioso retraerla aquí.

El conflicto mayor entre “castellano” y “español” lo tienen los peninsulares, y se instala en la ambigüedad del art. 3º de su *Constitución*, que habla de “lenguas españolas”, de “castellano” y de “español”. El uso de “español” es de carácter *supradialectal*<sup>6</sup>.

La RAE y la Real Academia de la Historia, aunadas, recomendaron el uso de “castellano” para referencias intranacionales; y de “español” para las internacionales.

<sup>4</sup> Salvo otra arbitrariedad que se comete con el nombre de nuestro país, desde los documentos de la UNESCO, para abajo, “República Argentina” y “la Argentina” son los nombres del nuestro; no “Argentina”.

<sup>5</sup> Hacia 2000, hubo un proyecto de don Leopoldo Moreau para declarar la lengua “española” como oficial. Hice el informe que me pidieron de la Lesgislatura, pero nunca fui citado, como delegado de la AAL, ni nos reunimos con los diputados para discutirlo. Se perdió una buena oportunidad.

<sup>6</sup> Tal vez recuerden aquella anécdota en que el presidente de la Generalitat le dice con mucho orgullo al presidente de China: “Los catalanes, señor, somos seis millones de personas. Por eso tenemos derecho al idioma, a un idioma propio”. Y el presidente chino le preguntó: “¿En qué hotel se hospedan?”.

Gregorio Salvador, dialectólogo sensato si los hay, tituló su libro explorador del tema con cartesiana distinción de campos: *Lengua española y lenguas de España*.

El uso dominante en el plano internacional lingüístico es el de “lengua española” o “español”. El *Diccionario de la Real Academia Española (DRAE)* define “castellano” como el dialecto original y el uso regional actual. Y “español” como la lengua común e internacionalmente impuesta.

En nuestro país y para nuestros usos, el libro esclarecedor y definitivo es el de Amado Alonso: *Castellano, español, idioma nacional. Historia espiritual de tres nombres*.<sup>7</sup>

A la hora de los movimientos independentistas hispanoamericanos, muchos estimaron que se produciría una balcanización gradual del español –lengua común a todos los países que lo hablaron desde la llegada de los españoles– en dialectos nacionales. Pero las flamantes autoridades ratificaron la lengua común para el uso en todas las naciones de la Patria Grande. En esa lengua escribieron sus constituciones y todos los instrumentos de legislación y organización.

Hubo algunos casos simpáticos de reacción contra España, en el lenguaje, pero no contra la lengua, sino frente a ciertos vocablos. El gobierno argentino, en 1815, sacó un decreto por el cual se prohibía el uso de dos voces corrientes entre nosotros: “pejerrey” y “caballo reyuno”, por contener ambos en su composición el “vocablo nefando rey”, y se indicaba que se los sustituyera por “pez del Paraná” y “caballo patria”. Para que se estime la libertad del pueblo ante normativas políticas, adviértase que hoy seguimos pescando, vendiendo y consumiendo “pejerrey”; en cambio, sí se adoptó, en el terreno castrense, la designación de “caballo patria”. El pueblo, como siempre, hace lo que le da la “real gana”, expresión muy criolla y reveladora de la actitud de los hablantes rioplatenses, documentada ya desde los siglos XVII y XVIII.

Hasta mediados del siglo XX, el uso predominante entre los argentinos fue el de “castellano”, para mencionar nuestra lengua. Pero con el tiempo y la insistencia de los lingüistas en el uso de “español”, esta denominación se ha ido imponiendo. Así lo verificamos en la compulsa del Corpus Diacrónico del Español (CORDE) y del Corpus de Referencia del

<sup>7</sup> AMADO, Alonso, *Castellano, español, idioma nacional. Historia espiritual de tres nombres*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1937.

Español Actual (CREA), que, para la Argentina, consignan la prevalencia de “español” (131 casos) sobre “castellano” (71)<sup>8</sup>.

En nuestro país, entonces, se utilizan ambas designaciones, además, claro, de otras: “variedad argentina del español”, “variedad dialectal argentina del español”, “el español de la Argentina”, “el castellano de la Argentina”, etc. En cambio, son incorrectas las denominaciones “lengua nacional”, “idioma nacional”, “lengua argentina”, “el idioma de los argentinos”. Salvo, claro, que se les dé el sentido que se le asignaba a la expresión “idioma nacional” en algunas gramáticas y libros escolares en el siglo XIX y hasta entrado el XX, como “aquel que se hablaba en toda la nación”, y no con la connotación de querer diferenciarse como lengua “nacional” frente al español peninsular.

#### DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD, TRADUCTOR

Como muchos de ustedes son gente de toga, como decían los romanos, y otros, estudiantes de Derecho, al tiempo que todos están atentos a los problemas de la traducción, me pareció significativo, por ser un caso desconocido, referirme a un personaje hartito citado en el campo de lo jurídico pero nunca asociado a los traslados idiomáticos. Si alguno de ustedes visitara nuestra Academia, no dejaría de sorprenderse al hallar que uno de los sillones de nuestra Corporación lleva el nombre de “Dalmacio Vélez Sársfield”, nada menos que el autor de nuestro *Código Civil*. En efecto, don Dalmacio es uno de nuestros patronos.

Creo que viene a pelo –no “al pelo”, frase argentina, sino “a pelo” y “a contrapelo”, según la mano pasa por sobre la tela de felpa o terciopelo– el atender a este curioso patronazgo, fundado y aceptable en una Academia de Derecho pero, al parecer, no tanto en una de Letras. Vayamos por partes, dijo Jack. Estimo que voy a exponer materia desconocida para casi todos los presentes.

En 1888, a trece años de la muerte de Vélez Sarsfield, se publica en Buenos Aires su traducción de los seis primeros cantos de *La Eneida*<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> ANDINO, María Antonieta, “Castellano. Español: perspectiva panhispánica en la unidad terminológica”, en “Español Actual. Revista de Español Vivo”, Madrid, Arco Libros, 2006, n° 8, pp. 7-23.

<sup>9</sup> *La Eneida en la República Argentina*. Traducción de los señores doctor don Dalmacio Vélez Sársfield y J.C. Varela. Publicada bajo los auspicios de las familias de ambos

Otro abogado, Miguel Esteves Seguí, había publicado, entre 1875 y 1877, una versión íntegra del poema latino, en versos libres endecasílabos, que permaneció inédita.

Otros contemporáneos de Vélez dieron a conocer versiones en prosa del poema imperial, todas incompletas. Una, de Martín Avelino Piñero, que apareció en las páginas de *La Reforma Pacífica*, comprendía los seis primeros libros. Otra, también trunca, pues solo alcanzó los cuatro primeros cantos, obra del humanista Juan Mariano Larsen, se dio a conocer en 1862<sup>10</sup>. Como se ve, los abogados de nuestro siglo XIX tenían bien cursado y deprendido su latín, en tal grado que los habilitaba a traducir al Padre de Occidente, como llamara Haeker a Virgilio.

Vélez inició su trabajo de traductor en sus años de exilio en Montevideo, entre 1843 y 1845, en medio de la ciudad sitiada por tropas rosistas. El “primer borrador” data de 1843. Y el codificador nunca más se apartó de esta labor hasta el fin de sus días, retornando a ella, periódicamente, y retrayendo sus versiones para enjuiciarlas, enmendarlas, retocarlas, con mano diurna y nocturna. Lamentablemente, tanto empeño no alcanzó su final, pues la traducción en prosa que tanto afán le supuso, quedó inconclusa. Lo que en otros pudo ser visto como un pasatiempo, en medio del asedio de la ciudad, fue para Vélez una obsesión que lo acompañó hasta el final de su vida.

Nicolás Avellaneda, que lo conoció de cerca, comentó sobre esta actividad de Vélez:

Los recursos bibliográficos de los que se valía el doctor Vélez en la ciudad sitiada eran sumamente escasos, y no parece que haya tenido siquiera a su alcance los volúmenes de la edición de Heyne, que Wagner publicó en Leipzig con adiciones propias (1830-1840) y que han fijado definitivamente el texto virgiliano”<sup>11</sup>.

Otros críticos, sorprendidos por la sostenida aplicación del futuro juriconsulto a cuestiones literarias, desvirtuaron las reales intenciones del

traductores, y con una reseña sobre ellos por Domingo F. Sarmiento y Adolfo Saldías. Buenos Aires, Félix Lajouanne, MDCCCLXXXVIII.

Varela tradujo los libros primero y segundo, en versos endecasílabos consonantes.

<sup>10</sup> Buenos Aires, Imprenta de *La Revista*, ed. de Pablo Morta, 1862.

<sup>11</sup> “El doctor Vélez Sársfield (Reminiscencias)”, en *La Biblioteca*, Buenos Aires, t. VI, p. 173.

traductor. Tal es el caso de Abel Chaneton y otros, que calificaron, desacertadamente, los trabajos de traductor como meros “ejercicios escolares”:

Es sin embargo explicable, no solo por el carácter cívico de esa poesía, sino que la tarea de poner en prosa castellana los versos de Virgilio, fue para Vélez un ejercicio escolar. Un curso de antigüedades latinas<sup>12</sup>.

Hubo quien, como Adolfo Saldías, explicó, dándole otro sesgo a la cuestión, que el apego del jurista al poema latino no se debía a atracciones estéticas sino al carácter nacional y político del texto.

Al parecer, los colegas no podían entender cómo un hombre de prosa tan astringente, seca y directa, lejos de la ampulosidad y las afectaciones retóricas, podía placerse en los largos y espesos argumentos de la pasional Dido.

En cambio, si atendemos al propio Vélez, vemos que sus intereses estaban muy definidos. Hay una declaración suya, en la Cámara de Senadores de Buenos Aires, del 14 de junio de 1857, en medio de una discusión de una ley de sociedades anónimas y su posible incorporación al *Código de Comercio*, proyectado por él. Alguien le preguntó cuánto tiempo le había llevado la redacción del *Código*, y él respondió:

Permítame el señor senador que hable de otra obra mía, permítame esta familiaridad. ¿Qué tiempo he empleado en traducir el Virgilio? Si no lo sé, lo habré traducido cuatro veces, si lo he estado traduciendo toda mi vida<sup>13</sup>.

En efecto, se trata de un traductor del que se registran, hacia 1857, cuatro versiones del poema, y no sabemos cuántas más hasta su muerte; mal puede verse este esfuerzo como un mero ejercicio escolar o gimnasia latinista.

Al compulsar los manuscritos, se verifica el mismo tipo de procedimiento que manejó para la elaboración del *Código Civil*: abundantes comentarios marginales, notas interlineales, que hacen casi indescifrable el texto, y el pegado de papelitos a las hojas con agregados para intercalar<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> CHANETON, Abel, *Historia de Vélez Sársfield*, Buenos Aires, 1937, t. II, pp. 483.

<sup>13</sup> Citado por Juan Álvarez en su “Prólogo” a: VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, *La Eneida* (Libros I a VI). Prólogo de Juan Álvarez, Buenos Aires, Academia Argentina de Letras, MCMXLVII, p. XXV. Citaré por esta edición.

<sup>14</sup> Álvarez comenta que lo que en un manuscrito está todo apuntalado por notas, comentarios y autoglosas, al pasarlo, y quitarle los andamios, queda en prosa fluida y grata.

A la hora de dar a imprenta, en ausencia del autor, su versión, o parte de lo que se editó, la tarea fue endiablada. Quedaron rasgos evidentes de malas lecturas por parte de quienes pasaron en limpio el manuscrito. Doy un par de ejemplos. El nombre latino del perro infernal, *Cerberas*, que Vélez traduce “Cerbero”, es leído como “Cervecero” por los copistas, con lo que transforman al temible can tricefálico en bebida fermentada. “Jinetes masilianos” (de Argelia) trasmutados en meros “milicianos”. O bien, “honores”, vuelto como “horrores”; “címbalos”, en “símbolos”; y así parecidamente.

El esforzado trabajo de toda una vida fue estropeado por los copistas, si bien podemos quebrar una caña por ellos, dada la *selva selvaggia* que era el manuscrito<sup>15</sup>.

Como se sabe, o no, Vélez leía en francés, inglés e italiano y esas vías idiomáticas le permitieron compulsar los códigos escritos en dichas lenguas. Pero, además, para el caso de su traducción de la obra magna de Virgilio, le permitieron la compulsiva comparativa con las versiones hechas por Aníbal Caro, al italiano; por John Dreyden, al inglés; por Charles de la Rue y Jacques Delille, al francés, además, claro, de las españolas.

Verso a verso, línea a línea, la versión propia fue contrastada con las de los autores dichos. Esto queda patente en las abundantísimas notas que acompañan su versión en prosa. La lectura de sus anotaciones marginales pone en evidencia el cuidado prolijo que puso en su tarea, a veces en detalles pequeños; valga de ejemplo la nota primera del libro I, el caso del adverbio *unde*, al que destina más de una página de comentario (*ob. cit.*, pp. 3-4).

Antes dije que era sorpresivo para los del gremio considerar que el jurista de estilo lacónico se aplicara a verter los lamentos desgarrados de la reina africana. Pues bien, el mismo Vélez plantea la cuestión, en la nota 2 al Libro IV:

Virgilio ha imitado en estos versos el estado de alma de Dido. Las sentencias son cortadas, incoherentes; expresiones sin sentido determinado;

---

Pero la totalidad de su traducción no alcanzó esta versión decantada y casi final. En algo, al menos, se asemejó al poeta que vertía. En el trabajar, sin prisa y sin pausa, hasta su muerte, un manuscrito que no dio a la luz.

<sup>15</sup> Habría que repasar la polémica entre Eduardo Wilde y Pedro Goyena sobre las posibilidades de la traducción en prosa y verso, batida en las páginas de la “Revista Argentina”. Es la polémica más importante del siglo XIX argentino sobre esta cuestión disputada.

construcciones imperfectas, para mostrar la confusión en que se hallaba la reina. El traductor tiene que unir la exactitud de la versión a la propiedad de la dicción. Yo, después de mil tentativas y variaciones, no quedo satisfecho, sin embargo, de la traducción que doy (*ob. cit.* p.114)<sup>16</sup>.

El manido verso de Horacio *quandoque bonus dormirat Homerus*, no solo es aplicable a los creadores, sino, por qué no, a los traductores. Vélez, como traductor, fue un desvelado permanente que procuró evitar los deslizos del cabeceo del adormecimiento.

Con esta evocación, he querido rendir homenaje –en este recinto estudianto de las leyes– a una de las más altas figuras del derecho argentino, en su calidad de traductor, y dar razón de por qué uno de nuestros sitios académicos lleva su nombre.

## DERECHO Y LENGUA

Antes de abordar los aportes que los instrumentos interacadémicos brindan a los traductores, quiero recordar un par de observaciones de uno de los más criteriosos filólogos actuales, don Gregorio Salvador.

Es sabido que hay una tendencia inveterada en quienes redactan las leyes a no llamar al pan, pan, ni al vino, vino, sino a usar circunloquios y recodos verbales. Rara vez se da la línea recta en los dibujos legislativos. A veces, la lectura de los textos jurídicos me recuerda la respuesta del gitano de Antonio Machado, cuando le pregunta otro: “¿Qué haces, hermano?”. Y la respuesta es de estilo jurídico argentino: “Dando vueltas al atajo”.

Recuerda don Gregorio<sup>17</sup>:

<sup>16</sup> Para abreviar la curiosidad del lector, transcribo el pasaje del libro IV, traducido por Vélez: ““¿Ana! Te lo confieso, después del triste destino que tuvo mi esposo, el desgraciado Siqueo, desde que se regaron con su sangre mis habitaciones por la muerte que le dio su hermano, solo este ha movido mis sentidos y ha hecho vacilar mi alma. Conozco en mí rastros de la antigua llama; pero más bien la tierra me abra sus abismos, o el padre omnipotente me precipite con sus rayos entre las sombras, entre las pálidas sombras del erebo y su profunda noche, antes que yo te ofenda, ¡oh, pudor! Y quebrante tu ley. Aquel que primero se unió a mí, se llevó mis amores: que él los conserve consigo y los guarde en su sepulcro”. Dijo así, y un raudal de lágrimas inundó su seno”.

<sup>17</sup> SALVADOR, Gregorio, “Sobre el estilo del lenguaje legislativo”, en *Noticias del reino de Cervantes*, Madrid, Espasa, 2007, pp. 173-176.

La característica más constante que hallo en ese lenguaje, su más notable defecto, su vicio mayor, es la tendencia a sustituir el nombre directo de las cosas por forzados o inexactos sinónimos, o reemplazarlos por sus definiciones, como en un damero maldito.

O sea que si tuvieran que regular con una ley la elaboración, comercialización y consumo del pan y del vino, lo más probable es que eludieran los dos viejos y comunes vocablos y nos hablaran de “porción de masa de harina y agua fermentada con levadura y cocida al horno” y “licor alcohólico hecho del zumo de las uvas, exprimido y cocido de modo natural por la fermentación”, porque ya digo que es frecuente en el lenguaje de las leyes y en el de la administración pública, que no reutilicen las palabras del diccionario, sino las definiciones de las palabras del diccionario (loc. cit., p. 175).

Y, pruebas al canto, el bienhumorado amigo Gregorio recuerda la perla que halló en el *Boletín Oficial* español, en un decreto sobre “Azúcares aromatizados con asidero de madera”. Y descubrió, después de muchas vueltas, que se trataba de las “piruletas”, lo que para nosotros, en la Argentina, es el “chupetín” o “pirulín” y, en mi provincia entrerriana, “chupitegui”. “Eso, pibe”, confirmó don Gregorio, con adecuación rioplatense al interlocutor.

Y concluye Salvador: “Las leyes ya se sabe que suelen estar mal escritas, puesto que en definitiva, intervienen muchas personas en su redacción [...]. De esta manera su estilo, que debiera ser sencillo, ajustado e inequívoco, acaba siendo rebuscado, ambiguo, nebuloso [...]. De una ley, lo más reprehensible es que sea larga por exceso lingüístico que la inutilice” (*ob. cit.*, p., 173).

“Por un punto se puede perder una mina”, dijo el ingeniero en el momento de firmar el contrato de exploración y cateo, hablando en lunfardo, sin quererlo. Y es cierto. Razón tenía don Domingo cuando le mostraba al maestro ignaro, que despreciaba la puntuación, cómo un leve cambio de signos invierte el sentido: “El maestro, dice Sarmiento, es un burro” y “El maestro dice: Sarmiento es un burro”. Nuestro Gregorio Salvador, recién citado por mí, se ha referido en varias ocasiones a las relaciones peligrosas entre legislación y gramática. Recuerda, por ejemplo, saltando a Chile, el pleito de aquel roto que no pudo ser castigado por la ley, pese a haber muerto y cuereado un burro ajeno, pues el texto legal decía “equino” y el burro es un “équido”. Claro, el cliente zafó porque su abogado defensor sabía su idioma. Pero si legisladores y abogados ignoran el sistema de la lengua, pobres clientes, pobres ciudadanos...



Los niños del mundo vienen con un pan debajo del brazo. Los niños argentinos, con un paquetito de comas, con las que salarán, a gusto, y al voleo, aquello que escriban cuando se alfabeticen, según la ironía de Groussac. Así saltan comas “piqueteras” que, por desubicadas, interrumpen el fluido tránsito de la sintaxis y alteran el orden lógico del discurso. A este defecto nacional se le suma otro. El mismo Groussac dice que el argentino, como no atina a elegir el adjetivo preciso que se hinque en el corazón del sustantivo, para que este no se le escape, lo “potrerea” con un cerquito de adjetivos más o menos sinónimos; lo que nos hace gárrulos. Estas inclinaciones propias también las padecen los legisladores que están hechos –aunque ellos no lo sepan– de la misma materia nacional que todos.

Pero los legisladores no son todos José Benjamín Gorostiaga o Juan María Gutiérrez, varón desvelado por estas cuestiones. Y al vicio de la puntuación a la que te criaste y la falta de precisión adjetiva, le suman otras modalidades. Por ejemplo, el operar como en las palabras cruzadas: en lugar de poner el nombre de la cosa, ponen su definición. *Verbi gratia* (para usar un latinajo grato a los hombres de ley).

Consulté a la RAE para saber si existe algún convenio entre la Academia y el Gobierno respecto de exigencias de revisión, asesoramientos o consultas respecto del idioma. Primero, –me informa Pilar Llull, Jefe de Gabinete del Director– debe recordarse que el Director de la RAE es consejero nato, en el Consejo de Estado, máximo órgano consultivo del Gobierno, que tiene por objetivo velar por la observancia de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Además, la RAE ha firmado un convenio marco con el Ministerio de la Presidencia, con el objeto de fijar las normas de corrección de los textos de la Administración del Estado. Este asesoramiento lingüístico comprenderá diversas líneas de actuación, que van desde el establecimiento de un conjunto de normas de redacción hasta la publicación de manuales o guías y programas de formación en ese ámbito.

Ustedes no saben que el Ministerio de Educación de nuestro país y con él muchas de las instituciones de gobierno, cuando tienen dudas idiomáticas, consultan a la RAE. Tenemos constancia de todas ellas, porque figuran en los registros del Departamento Español al Día, de la RAE. Por supuesto, es un dejo de prescindencia, desconsideración o desconocimiento ignorante, del hecho real de que tenemos la Academia Argentina de Letras (AAL), que hace décadas dispone (mucho antes que casi todas las academias

hermanas, excepto la española) de una oficina específica para consultas idiomáticas. Dicha oficina atendió siempre las urgencias por teléfono; en mi gestión hemos incluido el correo electrónico, que da mejores posibilidades, deja registro de la consulta y permite la transferencia de documentos e información escrita desde la pantalla de la computadora, al permitir “pegar”, por ejemplo, los artículos del *DPD*<sup>18</sup>.

Esta actitud oficial, común a todos los gobiernos que he conocido, de pasar a la AAL por encima, como alambre caído –al decir de nuestros paisanos (por no citar frases más escatológicas que se me vienen a los dígitos)– cumple con una ley gubernamental argentina: fidelidad extrema en la reiteración de los mismos errores. Lo curioso es que hemos escuchado, y escuchamos, a muchos funcionarios proclamar la independencia cultural como necesaria en todos los terrenos al mismo tiempo que, con su actitud de atadura peninsular, mantienen un colonialismo idiomático censurable. Es mucho pedirles, claro, que sepan que no hay una sola norma lingüística culta para todos los hispanohablantes, sino que hay un pluricentrismo normativo culto que corresponde a ocho regiones lingüísticas en el mundo panhispánico. Como dice Mc Luhan, siguen manejando atentos solo al espejo retrovisor.

Recuerdo que, hace un par de años, di a conocer al público general que Raimundo Lida, el fino filólogo, compuso para nuestro Banco Central, y a pedido de su director Alberto Prebisch, un *Manual de redacción* para todos los documentos oficiales y la correspondencia interna de la institución, que sigue vigente, pero no consta en él el nombre del autor<sup>19</sup>. Hombre de negocios, el banquero sabía lo que significan en el terreno económico los valores gramaticales de la claridad, la precisión y la brevedad. Es un modelo para otros ámbitos que un varón como Prebisch comparta las preocupaciones financieras con las de buena gramática. Se lo puede hacer, se lo hizo, y se lo cumple. Sí, y eso en nuestro país. Hágase el esfuerzo. Un largo camino comienza con un paso corto, dice el proverbio chino; y, para

<sup>18</sup> De la colecta sistematizada de dichas dudas y consultas hechas por los compatriotas, el Departamento de Investigaciones Lingüísticas y Filológicas de la AAL elaboró un tomito, que fue ampliando en sucesivas ediciones: *Dudas idiomáticas frecuentes* (editado en 1992) y en versión digital. Esta obra se constituye en el primer *Diccionario de dudas* de una Academia de la lengua española. No está mal.

<sup>19</sup> BARCIA, Pedro Luis, “Un desconocido *Manual de estilo* de Raimundo Lida”, en “Boletín de la Academia Argentina de Letras”, Buenos Aires, AAL, t. LXIX, septiembrediciembre de 2004 (2005), n° 275-276, pp. 571-578.

venir a lo hispano, poco a poco hila la vieja el copo; pero, claro, principio quieren las cosas.

Es salutífero recordar el hábito de Stendhal: antes de comenzar con su jornada de composición narrativa repasaba durante media hora el texto del *Código Civil* francés. La lectura de la letra legal escueta, ceñida y con pleno respeto de las tres ces básicas: *clara, concisa, correcta*, le imponía un modelo de sobriedad y contención locutivas.

No está mal, y algunos de nuestros novelistas deberían, no digo releer a Vélez Sarsfield, pero sí a Stendhal, al menos, y se sentirían beneficiados por vía transitiva.

La lectura del código amortecía en el novelista francés el “estilo”, que Borges condena “a menos, en la presente acepción acústico-decorativa de la palabra”<sup>20</sup>.

Este riesgo estaría ausente en la traducción entre lenguas especiales o jergas profesionales, como es el caso del presente encuentro. Aunque ni aun en estas se puede hurtar el cuerpo a verter la materia desde los propios hábitos lingüísticos del traductor<sup>21</sup>.

Cervantes, que se valió ficticiamente de la versión de un moro para elaborar su libro, condena la traducción, al compararla con un tapiz al revés. Quijote está en un taller de imprenta, en Barcelona, y opina:

Traducir de una lengua en otra, como no sea de la reina de las lenguas, griega y latina, es como quien mira los tapices flamencos por el revés; que aun se ven las figuras, son llenas de hilos que las oscurecen, y no se ven con la lisura y tez de la haz, y el traducir de lenguas fáciles, ni arguye ingenio ni elocución, como no le arguye el que traslada ni el que copia un papel en otro

<sup>20</sup> Habla del *Quijote*: “La crítica española, ante la probada excelencia de esa novela, no ha querido pensar que su mayor (y tal vez único irrecusable) valor fuera el psicológico, y le atribuye dones de estilo, que a muchos parecerán misteriosos. En verdad basta con revisar unos párrafos del *Quijote* para sentir que Cervantes no era estilista (a lo menos en la presente acepción acústico-decorativa de la palabra)”, p. 46 Borges, Jorge Luis. “La supersticiosa ética del lector”, en *Discusión* (1930); cito por ed. de Buenos Aires, Emecé Editores, 1957, pp. 45-50.

<sup>21</sup> Sábato apunta que, en la versión de Borges, de *Orlando*, de Virginia Woolf (está discutida por algunos la autoría, si fue obra de doña Leonor de Acevedo, retocada por su hijo; o versión total de don Jorge Luis), el traductor acusa su propio estilo personal en ciertas frases como esta, ajenas a la modalidad expresiva de la autora: “El vasto infiel le enrostró el borrador de este memorable verso”. Ya no solo, como en los títulos de Ángel J. Battistessa: *El poeta en su poema, El prosista en su prosa*; aquí: “El traductor en su traducción”.

papel. Y no por esto quiero inferir que no sea loable este ejercicio de traductor porque en otras cosas peores se podría ocupar el hombre y que menos provecho trajesen (Parte II, cap. LXII).

Nuestra Academia, que ha avanzado con una serie ya caudalosa, con sus dieciséis tomitos, y va en aumento, de léxicos especiales con su colección *La Academia y la lengua del pueblo*: léxicos del fútbol, del mate, del colectivo, del vino, del pan, de la carne, del dinero, de la carpintería, de la política argentina, de la caña de azúcar, de la medicina popular, del tonelero, del telar, del ciclismo, del andinismo, y otros en elaboración, como los de la pesca, los dulces caseros, las danzas criollas, el tango, el tabaco, la cocina, etc. Son léxicos, en su mayoría del uso popular y no científicos, aunque sí industriales, como en el caso del de la carne, la caña de azúcar o el tabaco.

También ha incursionado nuestra Corporación en el campo de las disciplinas administrativas, con un valioso *Diccionario de términos de la Administración Pública*<sup>22</sup>, obra de dos lingüistas de la Universidad de Jujuy: Ana María Postigo de De Bedia y Lucinda del Carmen Díaz de Martínez. Una de sus autoras, y otra coautora, anticiparon un interesante aporte: *Diccionario de latinismos y cultismos de origen latino en la Administración Pública*<sup>23</sup>. En él, los abogados tan amigos de latines, más que del latín, como dijo Sarmiento, hallarán las expresiones lexicalizadas que manejan con generosidad en sus escritos<sup>24</sup>.

Es ingrato recordar que, el Procurador General de la Nación nos envió una gratificante carta en la que celebraba las notables bondades de nuestro *Diccionario de términos de la Administración Pública*, que le remitimos no bien editado. Pero, *in cauda venenum*, nos pedía la donación de más ejemplares y, por supuesto, la compra de ninguno.

En tanto, las autoras trabajan en la sinonimia de términos administrativos en el marco del MERCOSUR, para concretar una ampliación de su obra,

<sup>22</sup> Buenos Aires, Academia Argentina de Letras, 2006, 285 pp.

<sup>23</sup> POSTIGO DE DE BEDIA, Ana María y CALVELO, Patricia Alejandra, *Diccionario de latinismos y cultismos de origen latino en la Administración Pública*, San Salvador de Jujuy, Universidad Nacional de Jujuy, 2003, p. 168.

<sup>24</sup> Véanse algunos: *a fortiori*, *a posteriori*, *ab initio*, *ad hoc*, *ad referendum*, *antedata*, *auditar*, *brevitatis causa*, citación, *confer* (compárese), *disidir* (disentir), *ejido*, *esponsor*, *ex officio*, *litis consorte*, *obiter dicta* (dicho sea de paso), *per saltum*, *prima facie*, *res publica*, *sui generis*, *ultra partes*, y un largo etcétera.

que nadie del Gobierno argentino comprará. No obstante, sí, tengo mucha fe a Brasil como comprador. ¡Qué vergüenza y calamidad nacional!

## LAS OBRAS PANHISPÁNICAS

Concorde con la política panhispánica<sup>25</sup>, diseñada por la RAE y asumida por la Asociación de Academias de la Lengua Española (ASALE), el trabajo de las veintidós Academias de la Lengua Española se ha venido haciendo desde comienzos de la presente centuria mancomunadamente.

A contrapelo de lo que se cree, la *Ortografía de la lengua española* (1999) no es obra panhispánica. El texto dice en su portada “Edición revisada por las Academias de la Lengua Española”, y engañosamente, la nómina de ellas figura en la contratapa, como en las otras obras verdaderamente panhispánicas<sup>26</sup>. Las Academias no trabajaron en conjunto esta obra; la realizó la RAE y las Academias solo revisaron el texto.

En cambio, la *Ortografía* en curso (a la que he sugerido se califique de “razonada”, por la fundamentación que en ella se hace de cada solución, en

<sup>25</sup> El adjetivo neológico “panhispánico”, que no había tenido cabida en el *DRAE* (2001), se ha ido imponiendo el uso en la última década. Quiero dejar constancia de un uso muy anterior en nuestro país, en la revista “El Hogar”, de Buenos Aires, en 1925, que recoge, sin intención de destacarlo tipográficamente y con la naturalidad con que acogió siempre en su discurso las voces bien formadas y necesarias, Américo CASTRO, en *La peculiaridad lingüística rioplatense y su sentido histórico*, Buenos Aires, Losada, 1941: “En el fondo, todos reconocen que la lengua panhispánica, con su admirable riqueza y elástica soltura, es un instrumento maravilloso”, p. 15.

Es frecuente insistir en que el uso de voces neológicas debe ir destacado por señas tipográficas como el entrecomillado, la cursiva o alguna otra. Si la voz está bien formada y es necesaria por no haber sinónimo que la sustituya en la lengua, no veo por qué ha de marcarse visualmente en el texto. Muy diferente es el caso de los neologismos en el hospitalario inglés. Piénsese, por ejemplo, que el vocablo *oralidad* es escrito en redonda en cuanto texto se consulte y en varios de las mismas Academias. Cuando señalé, en un encuentro de directores y presidentes de Corporaciones de la lengua en Sevilla, en 2009, que debíamos incluirlo en el futuro *DiLE*, a propósito de su uso en la futura *Ortografía*, todos los presentes se sorprendieron porque lo daban por firme y no estaba incluido en el *Diccionario* príncipe. Aún hoy no lo está ni en el adelanto electrónico de la 23ª edición del *DRAE* ni en el *DPD*. ¿Debemos seguir subrayando su no incorporación en el diccionario oficial? Parece broma.

Estimo que sería muy saludable para los traductores que no lo hacen frecuentar una obra realmente útil y estimulante para su tarea: ALVAR EZQUERRA, Manuel, *Nuevo diccionario de voces de uso actual*, Madrid, Arco/Libros S.L., 2003.

<sup>26</sup> Madrid, Real Academia Española, 1999.

reunión de ASALE, 10 de diciembre de 2009, en Madrid) que está siendo elaborada, y saldrá a la luz en 2011, será una obra plenamente panhispánica: todas las Academias trabajan en pie de igualdad.

La ASALE ha adoptado un sistema muy calibrado de trabajo corporativo. El equipo constituido para elaborar las propuestas prepara las suyas y las presenta a la ASALE. En los casos del *DPD* y de la *Ortografía*, ha sido el Departamento de Español al Día de la RAE; en el de la *Gramática*, otro equipo piloteado por el ponente Ignacio Bosque. La ASALE constituye una comisión interacadémica para cada proyecto, integrada por delegados regionales. Se envía a los miembros de la Comisión el material propuesto y a todas las Academias. Las Academias de cada país hacen las observaciones, agregados, sugerencias que se estimen convenientes y las remiten al coordinador o representante regional en la Interacadémica. El equipo central recoge todas las observaciones y reescribe en azul las coincidencias y en rojo las divergencias por discutir. Se reenvía el texto así reelaborado, lo revisan las Academias y los coordinadores y, recogidas las nuevas sugerencias, se reúne periódicamente la Interacadémica para laborar el texto consensuado. Concluida la redacción del conjunto de artículos o del capítulo, vuelve a las Academias para que pueda ser consultado por la totalidad de los miembros. Luego, las Academias aprueban el texto definitivo, que se envía a la ASALE y se lo proclama públicamente.

En rigor, a la fecha, las obras panhispánicas son las siguientes: el *Diccionario panhispánico de dudas* (2005), la *Nueva gramática de la lengua española* (2009) y su *Manual* (2010), y el *Diccionario de americanismos* (2010). No obstante, para otras obras editadas desde 2000 hasta hoy, se han pedido aportes a las Academias, con lo cual se las considera panhispánicas, sin que lo sean estrictamente: *Diccionario usual de la lengua española*, *Diccionario del estudiante* y *Diccionario práctico del estudiante*. En cuanto al *Diccionario de la lengua española* (ex *DRAE*, futuro *DILE*)<sup>27</sup>, cuya 23ª edición será publicada en 2013, aniversario de un nuevo centenario de la RAE, tampoco es plenamente panhispánico. El procedimiento de trabajo es la consulta periódica a las Academias sobre las cuestiones que la Presidencia de la ASALE entiende deben ser discutidas. Nuestra AAL tiene constituida una Comisión ad hoc. Pero las respuestas de las veintiuna Academias no peninsulares no son cursadas entre sí; el sistema es radial,

<sup>27</sup> La conocida y ya encauzada propuesta de Raúl Ávila es de otro *DILE*: *Diccionario internacional de la lengua española*.

con un centro en Madrid. De modo que quien tiene la palabra final es la RAE. No hay ida y retorno, y menos, intercambio y consenso. Además, cabe advertir que en la elaboración de las plantas de estas obras mencionadas –a la que se suma la del *Diccionario histórico de la lengua española*, en proceso de elaboración– no han participado las Academias; son obra exclusiva de la RAE. Con este señalamiento veamos las obras de utilidad para los traductores<sup>28</sup>.

El *DPD* (2005) es la nave insignia de toda la flota de diccionarios académicos. Esta obra recoge, analiza críticamente y sintetiza la abundante herencia de los diccionarios de dudas previos y las propuestas de los libros periodísticos de estilo. A ello le suma los cientos de miles de registros de consultas del Departamento de Español al Día, de la RAE, y los aportes de todas las Academias<sup>29</sup>. Está concebida como avanzada y mesa de pruebas en la propuesta de soluciones a cuestiones disputadas. Obra que aproa, a la vez, hacia la unidad básica del idioma, respetando las normas pluricéntricas de las diversas regiones. Será la que tiene las consignas de mando, a las que han de plegarse las restantes obras panhispánicas. La labor que se ha realizado y realiza, en la revisión de los textos de las obras canónicas de la lengua (*Gramática, Ortografía y Diccionario*) es evitar contradicciones entre ellas, como ocurría. El *DPD* exigirá una continua revisión y actualización permanente. Es el instrumento más efectivo para dirimir

<sup>28</sup> Es ignorancia de muchos seguir estimando que España tiene la hegemonía en la normativa y elaboración de obras canónicas, por así decir, sobre la lengua. Desde hace una década, fue la misma España la que gestionó el trabajo colectivo y coparticipado, en igualdad de derechos y obligaciones de todas las Corporaciones en el seno de la ASALE. Pero en el imaginario popular, sigue vigente la estimación de que, con verdad, prevaleció por mucho tiempo. Debemos agradecer a España que haya sido y sea ella la que provea los fondos que posibilitan las tareas en común, las reuniones interacadémicas, la que crea los espacios de reunión, solventa la edición de las obras comunes, etc. Desde hace más de una década, la RAE ha dejado de utilizar aquella falsa contraposición de “el español de España” y “el español de América”, que postulaba un insostenible paralelo entre una nación, con el 5 % de los hispanohablantes, y un continente, con el 95 %. Todavía se mantienen desequilibrios: el CREA, elaborado por la RAE, contiene un 50 % de recurrencias para España y el otro 50 % para el resto de la hispanidad. Pero esto se debe, en gran medida, a que las Academias no hemos aportado, por no haberlos elaborado, *corpora* nacionales al común de la ASALE. Mea culpa. Lo ideal llegará: el porcentaje de ejemplos deberá estar en relación con el número de hablantes de cada país: a la cabeza México, luego Estados Unidos de América, etc.

<sup>29</sup> Nuestra AAL fue la primera, como dije, entre todas, que publicó un folleto titulado *Dudas idiomáticas frecuentes*. Buenos Aires, AAL, 1992; reeditado un par de veces, aumentado; y finalmente, en versión de cedé en 2001.

dudas sobre diferentes aspectos de la lengua y, con ello, herramienta indispensable de todo traductor.

Para una caracterización sintética de esta obra esencial puede verse “El *DPD* en un decálogo”<sup>30</sup>; y sobre ampliaciones y nuevas incorporaciones al *DPD*, mi ponencia “Consideraciones sobre el *Diccionario panhispánico de dudas*”<sup>31</sup>.

Al año siguiente del *DPD*, apareció el que puede ser considerado el diccionario académico más moderno de la lengua: *Diccionario usual de la lengua española (DELE)*<sup>32</sup>.

El *DELE*, que es compendio del diccionario príncipe de nuestra lengua cuyo caudal alcanza algo más de 84.000 entradas y unas 190.000 acepciones, se reduce en el *DELE* a unos 54.000 artículos y unas 110.000 acepciones. Por ello, es poco más de la mitad del diccionario mayor.

Esta obra está trabajada bajo la mirada del más autorizado de los diccionaristas en nuestra lengua: don Manuel Seco. Él está, para decirlo con un verso del poeta Enrique Banchs, “como el cielo detrás de todos los paisajes”, de todos los paisajes lexicográficos que se editan en el ámbito de la RAE.

El coordinador del *DELE* fue don Rafael Rodríguez Marín, subdirector, entonces, del Instituto de Lexicografía de la RAE, lingüista de larga experiencia y saber en las tareas lexicográficas relacionadas, de particular manera, con la elaboración del *Diccionario* mayor.

Ha secundado al coordinador un equipo de colaboradores estables en estas labores y otros ocasionales, así como los becarios de la Escuela de Lexicografía Hispánica.

El *DELE* ostenta una nueva planta y se basa en la 22ª edición del *DRAE* (2001).

Este nuevo lexicón ha aprovechado bien todo el trabajo realizado en el último lustro (2001-2006) en la revisión del *DRAE*, lo que ha supuesto unas 40.000 modificaciones de diversa índole. Igualmente, se ha concordado con las propuestas del *Diccionario panhispánico de dudas*, y ha avanzado

<sup>30</sup> BARCIA, Pedro Luis, en “Donde dice...”, Madrid, Fundéu, enero-marzo de 2006, nº 2, pp. 3-4.

<sup>31</sup> BARCIA, Pedro Luis, en “Boletín de la Academia Argentina de Letras”, Buenos Aires, AAL, t. LXXII, enero-abril de 2007, nº 289-290, pp.33-53.

<sup>32</sup> *Diccionario esencial de la lengua española*, Madrid, Real Academia española, Espasa Calpe, 2006 (*DELE*).



en algunos aspectos innovadores. Estimo que es el menos conocido de los diccionarios académicos. Vale la pena dedicarle una atención a sus características. Veámoslas:

1. Es un diccionario general, no es especializado o particular. Está libre de jergas y tecnicismos que no sean los de uso frecuente. Se aplica a recoger las voces de uso común de los hablantes. Este criterio, obviamente, debe ser elástico, en relación con voces y expresiones que se imponen en ciertos momentos y en determinadas regiones en el uso de la lengua. Para dar algunos ejemplos: sí rescató “hipófisis”, pero no “hipofosforoso”; sí “hipogeo”, no “hipogénico”; sí “lignito”, no “lignáoe”; sí “linfocito”, no “linfatismo” ni “linfocitosis”; sí “liposucción” (no recoge nuestra “lipoaspiración”), no “lipón” ni “lipoproteína”. En algunos casos, prefiere la voz llana a la esdrújula de la etimología: “hiperemesis” a “hiperémesis”, que trae el *DRAE*<sup>33</sup>.

2. Recoge el léxico común actual, es decir, que se han desterrado de sí los arcaísmos y las voces en obsolescencia. El uso actual es su piedra de toque. En este aspecto, y para retomar la imagen arbórea del buen Horacio<sup>34</sup>, los jardineros léxicos han sacudido fuerte el árbol del *DRAE* y le han hecho caer las hojas secas y las amarillentas, las voces arcaicas y las en creciente desuso.

Ese léxico vivo, vigente se refiere al uso general de todo el ámbito hispánico. Se excluyen aquellas voces y expresiones exclusivas de un solo país, España o la Argentina, por ejemplo. Es natural que en esta primera versión del *DELE* se hayan escapado algunas piezas cimarronas, reacias al rodeo lexicográfico, que serán detectadas en la segunda y deseable edición nuevamente actualizada. Es necesario tener en cuenta la dinámica de la lengua, las inclusiones y las desapariciones continua de voces, y las sorpresas de reanimación de vocablos adormecidos u olvidados por los usuarios, que otra vez vuelven a cabalgar. Entre nosotros, una voz de esas

<sup>33</sup> No obstante las supresiones, estimo que resta aún por extirpar mucho tecnicismo infrecuente en el español general.

<sup>34</sup> La comparación horaciana es de un verde perenne y sus versos no son hojas caedizas: “De la misma manera que los bosques cambian las hojas en el otoño de cada año, y caen las primeras, tal la vieja generación de las palabras parece, y las nacidas poco ha, florecen y crecen, a modo de gente joven [...]. Muchas palabras que ya han caído renacerán y caerán las que ahora tienen vigencia, si es que así lo quiere el uso, que es árbitro, ley y norma del habla”, *Ad Pisonem (Ars poetica)*, vv. 60-70.

es “arbolito”<sup>35</sup>, que surge con cada crisis financiera, y luego se echa dormir hasta la próxima.

La labor de los diccionaristas se ha apoyado, para verificar el carácter de actual de las voces, en el CREA, cuyo material arranca desde 1974, y en el *Diccionario del español actual*, de Manuel Seco, Olimpia Andrés y G. Ramos<sup>36</sup>. Se puede decir que es el más “actualizado” de todos los diccionarios académicos. Por dar un ejemplo simple, es el único que recoge la voz “oralidad”, por la que veníamos reclamando, ausente en las obras del citado Seco, en la sabida de María Moliner y del *DRAE* mismo.

3. Se han incluido voces de las diversas áreas lingüísticas, actualizadas, del mapa hispanohablante, con marcaciones geográficas de España, México, Filipinas, América Central, Antillas, Caribe, Andina, del Río de la Plata (Argentina y Uruguay), Guaranítica (Paraguay y NE de la Argentina)<sup>37</sup>, y denominaciones más abarcadoras como América Meridional, con uso en más de cuatro países; o América, cuando la voz se comprueba en más de cinco países de diferentes áreas. Se sabe que esta diferenciación en áreas es simplemente orientadora y tentativa, y es playa móvil más que línea fronteriza.

4. Incluye coloquialismos y vulgarismos de uso generalizado en América y España; no los de uso solo peninsular (“pegar la hebra”) o nacional (“falluto”). Aunque esta condición no siempre se mantiene, porque el campo es frágil, como la tierra del Marqués.

5. No se incluyen palabras cuya acepción es clara a partir de su composición, como los adverbios en “*mente*”. No obstante, se mantiene notable cantidad de voces con sufijos, como “-able”, que son fácilmente comprensibles, y que podrían haberse obviado.

<sup>35</sup> La voz tiene su origen en el mundo turfístico. Se llamaba así a quienes tomaban apuestas al margen de las ventanillas oficiales. Luego se denominó “arbolito” al sujeto que, “plantado” al borde de la vereda, como un árbol, repleto de dólares (“verde que te quiero verde”), de color ecológico, los ofrece en venta paralela a la del mercado oficial o a las agencias de cambio. Surgió en 1989 y resurgió en 2001.

<sup>36</sup> Edición de Madrid, Aguilar-Santillana, 1999, dos tomos. En 2000, publicaron el *Diccionario abreviado del español actual*, en un tomo.

<sup>37</sup> Esto es una novedad. Es aquella que llamábamos “subárea guaranítica”, que, al parecer, se va desglosando, por mayor definición de rasgos propios, en el seno de la región rioplatense. Algo parecido está ocurriendo con México, que se siente aparte de la región que lo comprendía junto a América Central.

6. Un principio muy elogiado es el de suprimir “los derivados mecánicos de nombres propios” (“galdosiano”, “orteguiano”, que están entrando de rondón en el *DRAE*), y se han mantenido solo los que tienen valores agregados connotativos, como “kafkiano” o “freudiano”. Este último presenta la dificultad de su pronunciación: ¿a la alemana, “froidiano”, o a la española, según se lo escribe, “freudiano”? El *DPD* no lo incluyó en su tratamiento<sup>38</sup>.

7. Se han seleccionado los gentilicios a los que se les da cabida: solo los de naciones, capitales y provincias, y los más frecuentes en el uso de los medios. No vamos a encontrar “gualaguaychense”, pero sí “asunceno”, que se prefiere a “asunceño”, respecto de la capital del Paraguay; junto a “asuntino”, para los habitantes de La Asunción, capital de Nueva Esparta, en Venezuela.

8. La cuestión de los extranjerismos, espacio siempre polémico en los diccionarios, ha sido resuelta así: en el cuerpo del *DELE* van aquellos extranjerismos que han sido adaptados a nuestra fonética y escritura (“máster”, “zapeo”, español pero no de arraigo hispanoamericano<sup>39</sup>; “mercado-tecnia”, por *marketing*, que tampoco ha tenido aceptación sino en España); deberíamos escribir “márquetin”. No se incorporan, en cambio, aquellos que, propuestos, no han recibido plena aceptación, caso de “buldózer”, por *bulldozer*; nada digamos del fallido “güisqui”).

Pero el *DELE* aporta una novedad —que retoma una solución adoptada y abandonada por otros diccionarios— de incluir en un apéndice los extranjerismos crudos (“pizza”, “ballet”), y, cuando hay propuestas, se las sugiere al lado (*paddle*, “pádel”). El *DRAE* los incluía en el cuerpo de la obra; estimamos que en la próxima edición aparecerán apendicularmente.

Quiero, en este terreno, recordar una breve reflexión sintética y sabia, de Dámaso Alonso: “No soy opuesto a rajatabla al extranjerismo. Creo que solo puede ser admisible con tres condiciones: que resulte, al parecer, imposible que se encuentre una voz castiza que exprese lo mismo; segunda, que sea pronunciable por una garganta hispánica o que se

<sup>38</sup> Debería adoptarse mejor criterio para estos adjetivos. Aunque aparezcan muy contundentes, lo acorde con las pautas del *DPD* sería “froideano”, jegueliano”, “jeidegueria-no”, etc. Coherentes, pero agresivos.

<sup>39</sup> “Zapeo” y “zapear”, en el mejor de los casos, son de uso peninsular. En nuestro país domina el uso del anglicismo crudo, *zapping*. Pero ya está apareciendo “zapin”, usado en algunos escritos, incluso; hasta ahora no hay verbo “zapinear” en uso.

la pueda adaptar para que lo sea; tercera, que los veinte países de habla castellana adopten el mismo extranjerismo” (discurso pronunciado al recibir el Premio Cervantes).

9. En el punto anterior, como en otros, el *DELE* ha seguido al *DPD*, obra de punta y avance, como se sabe. Así, se comienza a tejer una urdida coherencia entre las obras académicas.

10. Debemos destacar otro apéndice, el 3, muy estimable: destinado a ordenar alfabéticamente todos los elementos compositivos, prefijos y sufijos que se dan en la composición de palabras. Su compulsión puede orientarnos en la formación de palabras tanto como en la sugerencia de neologismos bien tajados.

11. Se han revisado la totalidad de las definiciones, en parte aprovechando la compulsión cumplida hasta la fecha de su aparición, parcialmente, de las registradas por el *DRAE*; en parte, valiéndose de la simplificación a que fueron sometidas en la elaboración del *Diccionario del estudiante*, por Elena Zamora y su equipo; y, además, la inclusión de nuevas definiciones.

12. Otro rasgo distintivo es la incorporación de ejemplos en los artículos. Voltaire decía: “Un diccionario sin ejemplos es un esqueleto”. El *DELE* está bien encarnado.

13. Las marcas, anotaciones e informaciones que aportan los artículos son las habituales: gramaticales (categoría de palabras: sustantivo, adjetivo, adverbio, verbos regulares, irregulares, pronominales; plurales); etimológicas (no en todos los casos, sino en los siguientes: marcas registradas: “birome”, “maicena”; expresiones latinas incluidas: “dies írae”, “pro domo sua”; en los extranjerismos; ortográficas: mayúsculas y tildes; geográficas, por las áreas indicadas; actitudes: despectivo, irónico; niveles de lengua: culto, vulgar; registros de habla: coloquial; valoración respecto del mensaje: malsonante, eufemístico, etc.

14. Contiene un apéndice, el 1, de conjugación verbal y otro, Apéndice 4, con materia ortográfica.

Mantiene la bolaspá, signo creado en el *DPD*, para marcar las formas incorrectas o desaconsejadas.

Para dar una sola muestra, escueta pero reveladora, del trabajo de selección y reelaboración llevado a cabo, en el tránsito del *DRAE* al *DELE*, tomo al azar una página, la 382 del primero, de “claqueta” a “clase”, y la comparo con las palabras comprendidas entre esas dos voces en el *DELE*.

En primer lugar se ha suprimido la totalidad de las etimologías latinas. Se incorpora “clara”, la sustancia hialina del huevo que, curiosamente, no

figuraba en el *DiLE*. Se suprime “clarar”, desusado por “aclerar”. En esa página sola se suprimen también “clarecer”, “clárens” (del inglés), “clariza”, “clarificador”, “clarífico”, “clarilla”, “clarimente”, “clarimento”, “clarinada”, “clarinado”, “clarinazo”, “clariniano” (de Leopoldo Alas, *Clarín*), “clarincillo”, “clariosa”, “clarucho”. En “claridad” se suprimen dos acepciones (5ª y 6ª) y las formaciones fraseológicas. En “clarear” se suprime una acepción, se incluye otra y se da un ejemplo de ésta. El asiento de “clase”, final de la página elegida, se reduce a la mitad de su extensión.

Y esto que apunto como muestra es lo grueso, sin entrar a hilar más fino, que revelaría un trabajo muy bien calibrado y cuidadoso<sup>40</sup>.

Respecto de la obra más esforzada, laboriosa y monumental, la *Nueva gramática de la lengua española*, dado que el espacio es inícuo, recojo aquí el decálogo con que presenté la *NGLE* en nuestra Academia, la primera en hacerlo a cuatro días de haberse lanzado en Madrid, ante los Reyes de España<sup>41</sup>.

#### Decálogo de la *NUEVA GRAMÁTICA DE LA LENGUA ESPAÑOLA* (*NGLE*) *Morfología y sintaxis*

1. Es la primera gramática académica oficial después de 78 años, pues la última se preparó en 1920 –reeditada en 1931–, obra ex-

<sup>40</sup> Presentación del *Diccionario esencial de la lengua española*, Madrid, Real Academia española, Espasa Calpe, 2006 (*DELE*), organizada por el Grupo Planeta de la Argentina, el 11 de julio de 2007, a las 19, en el Museo Fernández Blanco de Arte Americano. Los expositores fueron el director editorial de Emecé Editores, don Alberto Díaz, el narrador y ensayista don Marcos Aguinis y los presidentes de la Academia Nacional de Letras del Uruguay, Wilfredo Penco, y de la AAL, Pedro Luis Barcia.

El *DELE* fue presentado oficialmente en el IV Congreso Internacional de la Lengua Española, realizado en Cartagena de Indias, en marzo de 2007.

<sup>41</sup> Respecto de la sigla para designar cifradamente a la *Gramática*, no se ha fijado una, y ya compiten tres de ellas, lo que es un desajuste inicial que podía haberse evitado: 1) *NGLE*, impronunciable, salvo que la descompongamos en la lectura de la “n” inicial como “ene”, y luego la sílaba final: “enegle”, con lo cual se mezclan dos criterios; 2) la que se maneja en la presentación oficial de la obra: *NGRALE* (folleto de presentación, p. 10), que es impronunciable; y 3) La que sugeriría como más legible: *NuGLE*, –que no le disgustó a Bosque cuando se la propuse– tal como hicimos con nuestro *Diccionario del habla de los argentinos: DiHA*, agregando una minúscula que permitiría una lectura plena de la sigla.

- clusiva de académicos españoles. Lo que encarecía su urgente oportunidad de actualización<sup>42</sup>.
2. Es una obra panhispánica y colectiva, pues es producto de una década de trabajo de una Comisión Interacadémica específica constituida por delegados de las veintidós Academias de la lengua<sup>43</sup>. Es la primera de esta naturaleza: las anteriores eran de la sola autoría de la RAE.
  3. Es una obra de síntesis, no de análisis. De índole descriptiva y a la vez normativa, apoyada en el criterio pluricéntrico de la norma culta, según usos consolidados en las distintas regiones. Con ello se mantiene la unidad fundamental del español general y se reconocen sus variedades dialectales, que lo enriquecen<sup>44</sup>.
  4. Es una obra generosamente ilustrada con ejemplos reales, tomados de obras literarias, fuentes periodísticas, corpus electrónicos, variantes orales, etc. Es decir, con diversidad de niveles y registros de uso de la lengua.
  5. Constituye el mapa más completo de la realidad del español actual, donde cada área lingüística está presente con sus respectivas normas cultas, es decir que se respetan las diferencias dialectales cultas, por ejemplo, contiene observaciones sobre el voseo, argentino e hispanoamericano; nuestro uso peculiar: “detrás *mío*”, junto al general, “detrás *de mí*”, etc.
  6. Aprovecha las doctrinas y concepciones de la Lingüística de todo

<sup>42</sup> No son gramáticas oficiales de la RAE, aunque publicadas por ella: *Esbozo de una nueva gramática de la lengua española* (1986), *Gramática de la lengua española*, de Emilio Alarcos Llorach (1994) y *Gramática descriptiva de la lengua española*, de Ignacio Bosque y Violeta Damonte (1999).

<sup>43</sup> El diseño, proyecto y redacción primera de todos los capítulos de la *NGLE* es obra del académico español Ignacio Bosque. La Comisión Interacadémica estuvo constituida por los académicos delegados por regiones: Víctor García de la Concha, Guillermo Rojo y José Manuel Blecua (RAE, España); Juan Carlos Vergara (Colombia); José Moreno de Alba (México); Rodolfo Cerrón Palomino (Perú); José Luis Samaniego (Chile); Ofelia Kovacci –primera delegada, hasta su deceso– y luego, Alicia María Zorrilla (R. Argentina, Academia Argentina de Letras); Amparo Morales (Puerto Rico); y Gerardo Piña-Rosales (EUA). La labor contó, además, con asesores especializados, de distintas universidades españolas e hispanoamericanas.

<sup>44</sup> Las áreas lingüísticas en que se divide el mapa panhispánico son: Chile, Río de la Plata, Andina, del Caribe Continental, México y Centroamérica, de las Antillas, España, Estados Unidos y de Filipinas.

- el último siglo. Define con claridad los conceptos que maneja.
7. La *NGLE*, en sus dos primeros tomos, comprende *Morfología y sintaxis*. La fonética y la fonología, con la coordinación del académico José Manuel Blecua, irían en un tercer tomo (*NGLE. Fonética y fonología*).
  8. Se editará en tres niveles. La obra extensa consta de 48 capítulos de unas 60 páginas cada uno, distribuidos en dos tomos, con destino a los gramáticos, estudiosos y profesores universitarios<sup>45</sup>. El *Manual*, de unas 1.000 páginas, destinado a los estudiantes universitarios<sup>46</sup> y la *Gramática básica*, de unas 270 páginas, destinado a la enseñanza secundaria<sup>47</sup>. La *NGLE* ya está en proceso de edición y será presentada en diciembre de 2009, en Madrid. El *Manual* apareció en diciembre de 2009. Y el *Compendio* o *Gramática básica*, se estima que se editará en 2011.
  9. La *NGLE* estará compatibilizada con el *Diccionario panhispánico de dudas*, en la próxima segunda edición de esta obra. Y, de igual manera, se compatibilizarán con ella la *Ortografía* y el *DRAE (DiLE)*, en sus próximas ediciones.
  10. La terminología que maneja es la tradicionalmente aceptada y la de firme vigencia actual.

La *NGLE*, que supera las 3.800 páginas, lleva como apéndices un *Glosario*, que explicita los términos usados en el texto; una nómina de los autores y textos citados para el estudio y la ejemplificación; y un índice completísimo y discriminado de voces y materias. Estos apéndices alcanzan las 300 páginas. La obra portentosa, que se sitúa en la primera línea de las grandes gramáticas de las lenguas modernas, es un venero riquísimo para toda índole de consultas que preocupen a los traductores.

El *Manual*<sup>48</sup> de la *NGLE* se configura con la misma cantidad de ca-

<sup>45</sup> Las tres obras serán editadas por Editorial Planeta-Espasa.

<sup>46</sup> El *Manual* ha sido redactado por los académicos correspondientes doctores Ángela Di Tullio (Academia Argentina de Letras, correspondiente por Neuquén) y Julio Borrego (RAE, por Salamanca). Apareció en marzo de 2010.

<sup>47</sup> La tercera obra ha recibido, en el proyecto, varios nombres; finalmente, se optó por *Gramática básica* y está en elaboración. El ponente, a diferencia de la *NGLE* y el *Manual*, es el académico de la RAE Salvador Gutiérrez Ordóñez.

<sup>48</sup> *Nueva gramática de la lengua española. Manual*, Madrid, ASALE-Espasa, 2010, p. 993.

pítulos que la obra mayor original, de la que esta nueva es una síntesis muy lograda. En ella han primado algunos conceptos didácticos, pues sus destinatarios son, básicamente, los docentes. Se mantiene el índice muy completo que permite búsquedas rápidas y el tejido de las referencias internas facilita el desplazamiento y articulación de los temas, casi diría, arborescentemente.

Por el mismo enfoque hacia lo pedagógico, se han subrayado los aspectos normativos. El grueso tomo se constituirá en la herramienta de cambio de la enseñanza de la lengua y en cantera de consulta para la labor de los traductores.

La más reciente de las obras panhispánicas es el *Diccionario de americanismos*<sup>49</sup>, cuyo diseño de planta y dirección estuvo a cargo del Secretario General de la ASALE, don Humberto López Morales<sup>50</sup>. Es el primer diccionario de su naturaleza publicado por la RAE y la ASALE. Fue un sueño largamente acariciado y nunca concretado, y el más completo en su género a la fecha.

Se elaboró sobre la base de 150 diccionarios nacionales y generales de América, editados desde 1975 en adelante, organizados en la base ARU, y, a partir de este tesoro lexicográfico, se elaboraron los artículos que fueron revisados por todas las Academias. Es un diccionario *dialectal* del español de los países americanos; es *diferencial* respecto del español general, es decir, que no comprende las voces comunes (*revólver*, *mesa*, *madre*) y no incluye aquellos americanismos ya aceptados en todos los países, como patrimonio de la lengua común (*chocolate*, *tomate*, *canoa*); es *descriptivo*, *no normativo*; es *usual*, pues comprende el registro léxico de los últimos cincuenta años.

Contiene más de 70.000 voces, lexemas complejos y frases y locuciones, y unas 120.000 acepciones. Las marcas diatópicas que acompañan cada asiento permiten saber los países en que la voz tiene presencia. Ello es interesante porque aquellos vocablos que solo exhiben la marca *Ar.* (Argentina) pueden considerarse *argentanismos netos*. Para dar una idea de la

<sup>49</sup> Asociación de Academias de la Lengua Española, *Diccionario de americanismos*, Perú, Santillana Ediciones Generales, 2010, p. 2333.

<sup>50</sup> La AAL anticipó la publicación de la planta: López Morales, Humberto, *Diccionario académico de americanismos*. Presentación y planta, Buenos Aires, AAL, 2005. En la reunión de directores de la ASALE de Sevilla, se suprimió del título de la obra el adjetivo "académico".



colecta de argentinismos netos, he compulsado las primeras páginas de la letra “A” del *DA*. Vale como muestra<sup>51</sup>: *abagualado*, *abalanzo*, *abarajada*, *abarracnado*, *abarrancar*; *abastecedora*, *abastecero*, *abasto*, *abatí*, *abichocado*, *abierto* (‘cabrito o cordero sacrificado’), *abrazada* (‘ceremonia de señalada de oveja y carnero’), *abrelata*, *aca* (‘como miedoso’), *acabotó* (‘agente de policía’), *acachuya*, *acaguazón*, *acajetillado*, *acamelar*, *acaraguillar*, *acarroína*, *achacar*, *achanchar*(se), *achaque* (‘apropiación ilícita de algo’), etc.

Sus acepciones están organizadas por ámbitos semánticos y frecuencias de uso; se establecen marcas sociolingüísticas en las acepciones.

Al final, se incorpora un riquísimo “Índice sinonímico”, de altísimo interés para los traductores, y varios apéndices, igualmente valiosos de etnias indígenas y lenguas indígenas vivas, de gentilicios, de hipocorísticos, nomenclaturas gubernamentales, militares, monetarias y, finalmente, siglas de uso hispanoamericano.

Hoy los traductores al español disponen de cuatro obras altamente estimables en su valija de herramientas, que los asisten con eficacia en su labor: el *DPD*, el mayor “solucionario” de dudas de su especie, y banco de pruebas dinámico para soluciones potenciales y posibles; el *Diccionario esencial*, el más moderno en su concepción y realización de los de la lengua general; el *Diccionario de americanismos*, que con sus señalamientos diatópicos nos sugiere cuál es el vocablo más apropiado para una más vasta comprensión lectora; y, *dulcis in fundo*, como marco del sistema, el *Manual de la nueva gramática*.

Estimo que nunca como ahora se ha dado al traductor esta oferta concertada de obras auxiliares, con el muy señalable valor agregado de que ellas son el producto consensuado de veintidós Academias y no obras de autores singulares. Esperemos que estas llamadas obras panhispánicas sean eficaces instrumentos para la noble y expósita tarea de “refunción”, es decir, el “refundir” y, a la vez, “reinfeldir” nueva vida, en que se atarean los sufridos traductores.

<sup>51</sup> Gracias al *DA*, por vez primera, podemos saber cuáles vocablos son de uso exclusivo en nuestro país. He comenzado un trabajo sobre este material que daré a conocer en breve.



## ENTREVISTA



## ENTREVISTA A LA DRA. ELENA HIGHTON DE NOLASCO\*

*Lecciones y Ensayos —¿Qué es el Derecho?*

*Elena Highton de Nolasco* —En realidad la pregunta qué es el Derecho puede tener muchas respuestas, pensemos que el Derecho es un conjunto de normas para regular la conducta humana, pero al mismo tiempo se puede ver desde un punto de vista subjetivo como la facultad que tiene cada uno dentro de la sociedad para obtener satisfacción a sus intereses. A veces no son los derechos de unos ni de otros los que pueden estar en conflicto sino más bien los intereses, entonces el Derecho lo soluciona de distintas maneras. En determinadas circunstancias el Derecho exige compartir y no necesariamente en partes iguales. Así por ejemplo, en una quiebra en que los bienes son insuficientes, éstos se reparten en proporción al monto de los créditos comunes o quirografarios, pero existen también acreedores privilegiados que pueden cobrar antes que los demás, la totalidad de lo debido o en mayor proporción que el resto. En definitiva se observa como sucesivamente aparecen los distintos modos que tiene el Derecho objetivo para dar satisfacción a los intereses de las personas que van viviendo en este mundo en permanente conflicto.

—*¿Qué es la Justicia?*

—En realidad “la justicia” es más difícil de definir, porque es algo que cada filósofo del derecho ha dado una respuesta distinta, de forma muy simplista se puede decir que es dar a cada uno lo suyo. El problema es qué es lo que se le da a cada uno, y los jueces estamos permanentemente tratando de hacer justicia de acuerdo al Derecho, teniendo en cuenta la equidad, intentando solucionar los conflictos de la mejor forma posible para la sociedad.

\* Entrevista realizada por Lautaro Furfaro, Carlos Adrián Garaventa y Juan Ylarri, miembros del Consejo de Redacción de Lecciones y Ensayos.

—*¿Cuál es la función judicial?*

—En forma sencilla diría que la función es dictar sentencias, pero justamente no es esta la función. La función judicial y los magistrados son uno de los poderes del Estado, no sólo la CSJN sino cada juez es parte de un poder del Estado, y la Corte Suprema es el máximo dentro de la interdependencia con independencia funcional del Poder Judicial.

—La función es resolver los conflictos de las personas, la última instancia, cuando no hubo modo de resolverlo antes. De alguna manera es pacificar la sociedad, aunque es cruento y doloroso pasar la experiencia de estar en un juicio, lo cierto es que es la última solución que se da para pacificar la sociedad.

—*¿Qué opina sobre el funcionamiento de las instituciones judiciales de nuestro país?*

—Según la perspectiva, si uno lee los diarios cree que funcionan muy mal, pero si uno lo ve desde treinta y cinco años en la judicatura percibe que hay unos pocos casos que funcionan mal y el noventa y nueve por ciento que funcionan bien, pero qué quiere decir mal y bien; si estamos pensando en corrupción yo diría que el noventa y nueve por ciento funcionan bien y hay muy pocos, que son noticia, que funcionan mal, pero en cambio si estamos hablando de demora esto es algo que es el problema del sistema judicial no sólo argentino, en general en el mundo esto ocurre así y se buscan distintos paliativos, la idea es mejorar esto, los jueces están absolutamente consustanciados con la problemática y están bajo la misma columna para darle mayor prestigio a la justicia y para solucionar los problemas que hay. Generalmente los casos de corrupción se han denunciado desde adentro del Poder Judicial porque es muy molesto para un juez de primera instancia o de una cámara el hecho de que por uno se tache a todos y además, como ya dije, la gran mayoría son honestos y trabajadores entonces el primer interesado en erradicar a un juez que no cumple adecuadamente las funciones es su propio colega porque todos estos asuntos de distintas maneras repercuten como un manto negro sobre todos.

—*¿Cree que esta nueva composición de la Corte contribuye a darle mayor credibilidad y prestigio al Poder Judicial?*

—Probablemente no soy yo quien lo tenga que decir, pero si me guio por datos objetivos y sobre cómo nos ven los jueces, y esto no lo dudo, esta composición tiene mucho prestigio.

En realidad todos los jueces del país, y yo lo fui por muchos años, anteriormente nos veíamos manchados por el desprestigio de la Corte, sin

entrar a juzgar a la Corte y su composición anterior, y las tachas de falta de independencia, que no me corresponde a mi juzgar pero que ciertamente nos manchaban a todos.

Ahora con esta nueva composición y con el prestigio que tiene, los jueces se sienten muy bien, aunque esto es una percepción, y además nosotros trabajamos con todos los jueces del país, porque nosotros por primera vez somos una Corte Federal de verdad.

Si bien la Corte Nacional anteriormente trabajaba y se ocupaba de alguna manera de los jueces federales, no tenía en cuenta desde otros puntos de vista a los jueces provinciales que son el ochenta por ciento de los jueces del país, y nosotros con la Conferencia Nacional de Jueces, donde convocamos a todos los jueces del país, incluimos desde un juez de paz lego hasta un Ministro de las Cortes Provinciales, también a Camaristas, y a jueces de primera instancia, federales, nacionales, provinciales, de la Capital, de las Provincias, del Norte, Sur, Este, Oeste, y de esto se generan comisiones de trabajo.

Por ejemplo cuando yo convoqué por primera vez a la Comisión de Acceso a Justicia, una vez conformada, una juez de la Corte del Chaco que conozco hace mucho me dijo, reunidos en el Salón de la Corte, que no lo podía creer porque si bien ellos como Corte Provincial, como Ministros Provinciales, han intentado llegar a la Corte Suprema Nacional durante mucho tiempo, sólo alguna vez alguno había podido hablar con un Ministro de la Corte Nacional, esto de que la Corte los convoque no ha ocurrido nunca. Y nosotros no sólo hemos convocado a las Cortes Provinciales, sino también de instancias inferiores.

Otra anécdota, cuando presentamos el mapa de acceso a justicia, y aprovechando que esa misma tarde presentábamos el software de violencia doméstica, en el espacio de tiempo intermedio hicimos una pequeña recepción con los jueces de las Cortes provinciales, y la verdad es que nunca habían venido acá, después hicimos una visita guiada, y yo no podía creerlo, porque no habían pisado el cuarto piso del Palacio de la Corte, esa es la verdad.

Todo esto es sintomático de que hay un cambio y que además todos los jueces del país que tienen ganas de trabajar, tienen la idea clara de que la Corte encabeza el Poder Judicial argentino.

—¿Cómo se puede lograr la cooperación entre los distintos órganos del Estado manteniendo la independencia funcional?

—Bueno, de hecho es lo que hacemos ahora. En realidad los tres poderes formamos un solo poder del Estado, es un mismo poder con tres

ramas que gobiernan, hay una interdependencia que surge del sistema constitucional, que fue pensada desde Montesquieu y perdura. Pero esta interdependencia quiere decir que uno colabora en lo que corresponde pero no se inmiscuye en la tarea que tienen que hacer los otros.

Por ejemplo, en relación con la interdependencia, si bien nosotros buscamos la autarquía presupuestaria ciertamente necesitamos recursos porque hay gastos públicos que integran nuestro presupuesto, tanto el del Consejo de la Magistratura como el de la Corte Suprema, la confección del presupuesto que necesitamos es enviada al Poder Ejecutivo, generalmente en esta etapa se negocia con el Ministerio de Economía, luego se dirige al Congreso Nacional, en las sucesivas etapas intentan reducir un poco el monto y se evalúan las necesidades. Es una cuestión que tiene que ver con el resto de los gastos del Estado, aquí vemos un ejemplo cabal de la relación necesaria de interdependencia entre los poderes.

Sucede lo mismo cuando hay alguna pequeña diferencia con respecto al presupuesto, porque nosotros tenemos el dinero ya que siempre hay una proporción del presupuesto que está directamente asignada al Poder Judicial. Existiendo una buena recaudación hay fondos para que se puedan cubrir los gastos, pero otras veces no los hubo, esto ha pasado en otros tiempos, afortunadamente en estos años hemos tenido un superávit que es dinero que no está en el presupuesto por lo que no se puede gastar sin permiso, y aquí entra nuevamente el juego de los poderes.

En realidad el Poder Ejecutivo, precisamente Jefatura de Gabinete tiene que firmar los papeles por así decir, esta es la verdad, entonces hay que hablar con el Jefe de Gabinete, en estos tiempos hemos tenido que hablar para manifestarle que necesitamos recursos para empleados que trabajan en causas de Derechos Humanos, porque se protesta por las demoras, pero no tenemos con qué responder porque no tenemos jueces, no tenemos secretarios, están los subrogantes sin nombrar, y esto que digo es muy cierto, nos faltan empleados. Afortunadamente hace poco se destinaron fondos para las causas de Derechos Humanos, vino a la Corte el Jefe de Gabinete y hablamos de setecientos cincuenta cargos, aunque se derivó tardíamente el proyecto de ley al Congreso.

Ante estas problemáticas uno dialoga y así se consigue un buen resultado, porque debido a todas nuestras necesidades tuvimos que pedir más presupuesto para el Poder Judicial. El punto es que todo esto implica conversaciones sobre temas que necesariamente debemos tratar, esto no quiere decir que se le ocurra al Jefe de Gabinete hablarnos sobre algún expediente, eso no sería admisible.



—*¿Por qué eligió estudiar Abogacía?; ¿Cómo fue su experiencia de estudiante en la Facultad de Derecho de la UBA?, ¿Desarrollaba otras actividades?*

—Decidí estudiar Abogacía probablemente porque tenía un espíritu justiciero sin tenerlo muy desarrollado, ni muy claro cuando empecé a estudiar. Comencé a estudiar, cuando finalicé el secundario, el primer año del Lenguas Vivas en el Profesorado de Inglés y el mismo año Abogacía. A la mañana yo iba al profesorado de inglés y a la noche iba a la Facultad de Abogacía, en aquella época teníamos el curso de ingreso de un año de duración. En el fondo elegí también inglés por la inseguridad que uno tiene de joven, yo siempre hablé inglés, lo hablo por mi familia, y tenía hecho el magisterio, entonces pensaba que me iba a ir bien, y el resto uno no sabía bien lo que era, además era muy joven.

Terminé el primer año del curso de ingreso con muy buenas notas. Antes el que tenía buenas notas en el primer cuatrimestre tenía derecho en el segundo cuatrimestre a acceder a la materia Introducción al Derecho además del curso de ingreso, yo tuve la oportunidad de cursar la materia Introducción al Derecho. Ese curso, que verdaderamente era muy bueno, lo dictaba el profesor Julio Cueto Rúa, él era sinceramente un genio, un hombre que nos abría la cabeza, él durante seis meses daba clases en Argentina y otros seis meses en Estados Unidos y realmente era un hombre preclaro, se decía que él era conservador pero en realidad era menos conservador que muchos que se consideran de izquierda acá, porque él tenía un panorama muy completo y entendía qué es el Derecho, pero no es la ocasión para explicitarlo. En ese curso me saqué sobresaliente con lo cual después de esto se definió mi vocación. Luego llegaron los exámenes del Profesorado de Inglés en diciembre, y una tarde me senté con el libro de fonética y empecé a estudiar, y creo haber estado dos o tres horas, cerré el libro y dije -¡basta!, esto no es lo mío- (risas), y así dejé el Profesorado y seguí sólo en la Facultad de Derecho de la UBA.

Yo nací y viví en Lomas de Zamora hasta que me casé. Buena parte de mi familia vive en Lomas de Zamora, Banfield y Temperley. En el primario había ido al Colegio Barker y en el secundario al Lenguas Vivas. Cuando yo estudiaba en el Barker era un Colegio sólo de mujeres, ahora es de mujeres y varones. Yo hablaba inglés porque mi abuelo era inglés y vivía en mi casa y por eso hablábamos ese idioma, yo prácticamente nací hablando inglés.

En cuanto a qué otra actividad hacía, yo enseñaba inglés para ganarme unos pesos, mi familia era de clase media, pero de ninguna manera con mucho dinero, yo vivía en Lomas de Zamora. Solía cursar Abogacía en el turno de noche, porque no había muchos cursos como en la actualidad que suele haber cursos para todos los días y horas. Luego más libre de tiempo estudiaba y cursaba mañana tarde y noche, y entre espacios de tiempo daba clases de inglés a alumnos particulares, que generalmente eran chicos del secundario y/o del primario, en aquél tiempo tenía algunos grupos que iban a mi casa de Lomas. En la época que cursaba el Profesorado a la mañana, después iba a mi casa de Lomas y daba las clases a mis alumnos de inglés, luego estudiaba un poco y volvía a la Facultad, hasta que pasado un tiempo me organicé mejor y conseguí alumnos cerca de la Facultad, les daba dos o tres horas entre espacios de tiempo con la Facultad, recuerdo uno por la calle Las Heras, así yo me ayudaba con los gastos, porque mi familia me mantenía, pero si yo quería ir de vacaciones o comprarme los libros, lo cierto es que mi familia no me lo negaba, pero uno necesitaba un poquito más y debía trabajar.

—*¿Tiene alguna anécdota de su paso como estudiante que quisiera compartir?*

—Yo en algún momento estuve participando en el humanismo, en el Movimiento Social Cristiano, que eran grupos que participaban en el Centro de Estudiantes de la Facultad, y me acuerdo alguna elección que terminó a los tiros, estábamos todos asustados, y nos refugiamos, si no recuerdo mal, en la confitería “Las Artes” o detrás de las columnas de la Facultad, esta situación no la recuerdo en detalle, pero en realidad había grupos fascistas en ese momento, lamentablemente no recuerdo el resultado de aquellas elecciones. Yo en alguna elección fui candidata de los estudiantes pero nunca asumí como Consejero de los estudiantes, yo he sido Consejero por los profesores titulares pero nunca por los estudiantes. Pero alguna vez participé y recuerdo que lamentablemente hubo épocas violentas.

—*¿Recuerda algún docente que haya dejado una marca en su formación jurídica?*

—Yo diría que fue Edmundo Gatti, porque él fue mi Titular. Me han tocado distintos docentes, en distintos momentos, pero Edmundo me invitó a su cátedra, aunque no lo hizo en el momento que yo era alumna, yo no fui Ayudante Alumna, y de hecho pasó algún tiempo desde que me recibí hasta que me llamó, pero lo cierto es que él tenía registrado el desempeño de sus alumnos de distintas épocas. En aquel tiempo yo trabajaba en la profesión

liberal y al poco tiempo fui designada Defensora Oficial, creo que en ese momento se pudo contactar conmigo porque yo estaba dentro de una guía judicial y entonces me invitó a participar de su cátedra, comencé como Ayudante y efectivamente aprendí mucho de él.

—*¿Qué obras y autores recomendaría al estudiante de derecho?*

—Las novelas policiales que suelo comprar en los aeropuertos (risas), son las que adquiero cuando tengo que viajar, me gustan las policiales y que traten sobre juicios, también las obras literarias que se vinculan con cuestiones jurídicas, me parece que son muy buenas porque son entretenidas, al leerlas no puedo parar, además creo que abren la cabeza porque tratan con sistemas jurídicos de distintos países, aunque normalmente son americanas, y así uno se interesa por los temas, por ejemplo “El Proceso” de Kafka, que lo leí cuando estaba en la Facultad, aunque no es de las novelas de aeropuerto (risas). Este tipo de lecturas me gustan, sin mencionar obras jurídicas, y yo le recomendaría a un estudiante de derecho leerlas como entretenimiento.

—*Usted es una jurista con marcada impronta iusprivatista, ¿cómo se logra profundizar en el conocimiento del amplio espectro del Derecho Privado?*

—Yo diría que estudiando (risas), ampliando lo que uno estudia, pero lo fundamental es tener una concepción del Derecho en general, es decir desde una óptica más macro, porque el Derecho uno lo puede dividir en Privado, Reales, Personales, Parte General, Comercial, pero en los hechos todo es aplicable, es decir que ante un hecho uno puede aplicar las distintas categorías dogmáticas del Derecho. Puede ser que aparezca un conflicto civil, penal, etcétera y ser aplicable el Derecho Público o el Privado, aunque generalmente prevalece en un conflicto el aspecto de alguna de las categorías, pero lo cierto es que el Derecho es uno. Ciertamente creo que esto se puede abarcar a través del estudio y la experiencia, analizando cada vez más casos y sobre más temas, y ante un conflicto nuevo esto se debe estudiar y resolver y así se va ampliando la experiencia. Pero hay que entender que los libros no muerden (risas).

—*¿Cuál es la importancia que reviste el Derecho Privado en la actualidad?*

—El Derecho es uno, y las clasificaciones son dogmáticas, el Derecho objetivo argentino deriva de la Constitución, yo creo que tiene gran importancia el Derecho Privado, es fundamental, en realidad la mayor parte de la vida de la gente transcurre en el Derecho Privado desde una óptica jurídica,

obviamente también con elementos de Derecho Público. Sí, podría decirse, que cada vez hay más influencia en el Derecho Privado del orden público, aunque esto es discutible y según quién lo diga, y se debate si debe haber más o menos autonomía de la voluntad.

Yo sí creo que el Derecho Público interviene, porque el Estado tiene facultades ordenadoras, uno puede pensar qué prevalece, por ejemplo un contrato inmerso en un contexto de emergencia económica, y debemos analizar si prevalece puramente el interés privado o el interés social o público, esto lo digo en mis fallos, pero de ahí a decir que el Derecho Privado desaparezca, yo no lo creo, al contrario me parece que el Derecho Privado tiene todo vigor y es en lo que transcurre la mayor parte de la vida de la gente, esto lo menciono sin negarle importancia al Derecho Público.

—*¿Siente especial inclinación por algún área dogmática de esa rama?*

—En realidad Derechos Reales siempre ha sido mi materia, en parte porque el profesor que me convocó a la docencia fue Edmundo Gatti y nos profundizó en esa área, yo no fui en la búsqueda de ser docente de Derechos Reales, pero me entusiasmé mucho. Después tuve cátedra de Civil I, ahora Civil Parte General, también de Derecho Notarial Registral e Inmobiliario que está relacionada con los Derechos Reales, pero me interesa mucho Civil Parte General porque aborda la persona y me parece muy interesante, tal vez estas áreas me interesen más que el Derecho de los Contratos y Obligaciones donde justamente aparecen menos elementos de orden público, que los que rigen el sistema patrimonial de los Derechos Reales, de la Familia, y el Derecho de las Personas, ciertamente están regidas, en buena parte, por el orden público.

—*A casi 140 años de la entrada en vigor el Código Civil, ¿cree que este cuerpo normativo responde a las necesidades actuales?*

—Bueno yo estoy en una comisión de reforma que todavía no se empezó a reunir (risas), es una comisión de reforma nueva, que se iba a comenzar un día y nos convocaron, pero después se suspendió la cita en el Ministerio de Justicia, en realidad no hemos concretado y aún no comenzamos a trabajar.

Creo que como Código, el actual sirve y nos sigue rigiendo, no tenemos mayores problemas, aunque ciertamente ante nuevos problemas hay que avanzar en lo interpretativo, eventualmente haciendo algunas extensiones, porque los nuevos conflictos aparecen, aunque muchos están regidos por leyes especiales, y existe esta modalidad. Es decir, el Código sirve y funciona bien, pero necesita un *aggiornamento*, porque la comisión de

reforma no está para cambiar de Código, eventualmente uno puede hacer algunas reformas, incluso en su metodología, pero no es para una revolución, porque el Derecho se va cimentando sobre toda una cultura jurídica, pero también de las personas, y de la sociedad. El Código Civil sirve aunque se debe hacer una actualización, es decir se debe hacer una reforma y se va a trabajar en eso.

—*¿Considera que existen conflictos frente a los cuales el Derecho Privado actual no presenta solución normativa alguna?*

—No hay lagunas en el Derecho (risas), por eso las soluciones existen siempre, porque el conflicto hay que solucionarlo y estamos obligados a ello, esto quiere decir que en realidad no hay un conflicto que el Derecho no pueda abordar, ahora de ahí a que sea más fácil o más difícil encontrarle la respuesta, es otra cosa. No pueden existir conflictos sin soluciones, ya que todos tendrán una respuesta.

—*A 15 años de la reforma constitucional que incorpora el art. 75 en cuyo inc. 17 se consagra el reconocimiento de la propiedad de las comunidades indígenas, existen conflictos de muchas comunidades que no acceden a las tierras que tradicionalmente ocupaba ¿Qué factores impiden la operatividad de tal precepto?; ¿cree en la imposibilidad fáctica de su cumplimiento?*

—Tal vez ustedes saben que la primera persona que escribió sobre la cuestión de la propiedad indígena fui yo, después de la reforma constitucional. Es un tema que me inquieta mucho y me interesa, y en realidad si bien este inciso no operó inmediatamente después de la reforma, lo cierto es que es operativo, incluso hay una ley anterior, la 23.502, que ha quedado válida para algunas cuestiones que se considera reglamentación pero en otra no se aplica porque la reforma la superó. Pero se está trabajando, desde el Poder Ejecutivo tienen el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, y más de una vez hemos hecho planteos en intercambios académicos y en comunicaciones entre distintos poderes, hemos acordado avanzar en estos aspectos.

Verdaderamente en lo que son tierras fiscales se ha avanzado bien, en cambio en tierras privadas el tema es muy complicado. Hay provincias con legislación provincial sobre esta problemática que han dado buenas soluciones, el problema suele ser qué tierras se entregan, si las que actualmente habitan o se entregan otras, el problema, cuando son otras, suele ser si son aptas o no para el desarrollo de estas comunidades, es un tema muy complejo, porque hay una superposición entre los derechos de los pueblos

originarios con todo lo proveniente de la conquista y que ha generado un sistema que no se puede desbaratar de un día para el otro, porque es imposible y además inconveniente.

Si bien son pueblos originarios y anteriores, las reivindicaciones se tratan teniendo en cuenta la comunicación bilingüe y los criterios interculturales, aquellas provincias que tienen una gran cantidad de pueblos originarios están intentando hacer educación bilingüe, el Ministerio de Educación se encarga de esto.

Es decir, ha habido desarrollos en este problema, ya existen pronunciamientos judiciales en este sentido, y ustedes deben saber que hay expedientes, tal vez el más conocido, porque hicimos una audiencia pública, es el caso de los aborígenes del Chaco, que no refiere a la adjudicación de tierras, sino que trata de condiciones mínimas de vida, ellos no tenían acceso a la comida, a la salud, etcétera, el mayor problema no era la titularidad de las tierras porque había otras prioridades. Nosotros dictamos medidas cautelares, el Gobierno Nacional y el Provincial pusieron empeño en dar soluciones, hemos citado al Gobernador, y hemos avanzado. Lo importante es saber que estamos trabajando aunque aún falta en este ejemplo.

Otro expediente que está en la Corte es el de la tala de bosques salteños, este caso fue promovido por los pueblos originarios que viven en los bosques. Hemos dictado una medida cautelar para que no se corte ni un solo árbol hasta que se realice un estudio global sobre el impacto que esto implica, porque a través de los años se ha desmontado demasiado. Estamos trabajando en esto. Hay distintos aspectos de la problemática de los pueblos originarios y en definitiva se trata de personas vulnerables en la actualidad.

La propiedad indígena es un tema que tiene cada vez más interés. Y ahora que han llegado estos casos a la Corte, el tema está en pleno apogeo.

—*Teniendo en cuenta que durante casi dos décadas se han propuesto proyectos para un nuevo Código Civil que han naufragado, ¿considera que hay reticencias y oposiciones a la reforma del Código Civil o a la sanción de un nuevo proyecto?*

—Siempre hay resistencia al cambio, incluso me pasó a mi misma, cuando cambiaron el Código Procesal y tenía los preceptos reformulados me incomodaba, con lo conocido nos manejamos más fácilmente, pero yo no creo que sea por eso, en realidad tiene que ver con avatares políticos, siempre hay alguna norma o artículo en algún proyecto que por esa norma naufraga todo el proyecto. Por eso es bueno que a veces las cosas más

conflictivas y que necesitan mucho debate, sean discutidas en la sociedad y no en una comisión de reforma, o implementar el sistema de leyes especiales y mantener el código como un sistema más general.

—*¿Qué piensa sobre la posibilidad de un nuevo cuerpo normativo para el Derecho Privado?*

—Normalmente toda reforma o cambio de código está pasando por la unificación de la legislación privada civil y comercial. En realidad esta distinción, como dijimos, es bastante ficticia. Sin perjuicio de que se puedan hacer otros códigos, por ejemplo para los Derechos de los Niños, que no aparecen únicamente en el Código Civil porque está regulado en las convenciones, o por alguna cuestión particular. Es decir hay muchas modificaciones legislativas que se pueden hacer pero no todo tiene que estar en el Código.

—*Siendo docente universitaria de Derecho con trayectoria decidió realizar la carrera docente. ¿Qué la motivó a hacerlo? ¿Qué elementos destaca de la formación docente en nuestra Facultad?*

—Cuando yo empecé la carrera docente ya era Titular por concurso (risas), y yo era la única que tenía ese cargo en aquél curso. Me motivó porque yo siempre tuve inquietud por las técnicas docentes, por las innovaciones y modificaciones.

Yo hice el Magisterio con lo cual tengo el viejo título de Maestra Normal Nacional, donde se estudiaba didáctica y pedagogía, esto me ayudó mucho, pero la educación de adultos tiene sus particularidades distintas, y uno se hace a poncho a través de la experiencia. Cuando uno aprende en un curso de este tipo ya está todo sistematizado y eso es lo bueno porque se acumula toda la experiencia para enseñarla en un curso de cuatro meses, es bueno porque se aprende todo lo que se sabe en materia de enseñanza, pero verdaderamente se tiene que aprender en la vida, en el ejercicio de la docencia, acumulando experiencia. De todas formas es importante adquirir, en cursos como los de Carrera Docente, la sistematización que se hace a través la observación de las distintas modalidades de profesores, donde se aprende una síntesis de lo que es preciso para los profesores.

Siempre me inquietó eso y siempre tuve interés en cambiar la enseñanza, yo empecé enseñando casos prácticos intuitivamente, influenciada también por haber conocido otros países, tal vez por aquel curso de Cueto Rúa que siempre hablaba del método de casos, a mi me interesó enseñar esto para poder mejorar la enseñanza.

—*Ha sido docente universitaria por muchas décadas, fue titular de tres cátedras simultáneamente y ha pasado por todo el escalafón de la carrera ¿Cuáles son sus métodos como docente y cómo piensa que debería ejercerse la docencia en Derecho?*

—Yo creo que la base es lo teórico-práctico, tener en cuenta la realidad y no la memoria, ésta puede ayudar como complemento, pero lo primordial es la comprensión y sobre todo llegar al efecto de resolver conflictos.

Mi método es dar el caso a resolver una vez que fueron explicados los conocimientos previos, con el tema ya estudiado y aprendido por los alumnos, lo resolvemos en clase siempre con algún disparador para inquietar a los estudiantes e introducirlos en el problema. Muchas veces los casos los doy para que lo resuelvan en la casa, o por grupos, trato de no repetir las mismas consignas para que no se presten las carpetas de años anteriores que suele ser lo habitual (risas), aún así tienen que pensarlo, desarrollarlo, conversarlo y resolverlo en clase, este sería mi método.

La base es estudiar lo que está en los libros pero lo importante es poder aplicar lo que estos dicen, porque el Derecho cuando uno lo aprende únicamente estudiando de los códigos, se desconecta de la realidad, es necesario complementar con la experiencia porque el objetivo, del abogado y del jurista, es resolver y solucionar conflictos.

—*¿Cómo sintió el ejercicio de la docencia en la época de la última dictadura militar? ¿Qué percepción de los acontecimientos de esos tiempos tenían los docentes de la Facultad de Derecho?*

—Fue una época muy difícil, recuerdo que cuando entraba a la Facultad me palpaban, me revisaban la cartera como si se entrara a un aeropuerto, también esto sucedía en la Sala de Profesores, cuando yo era Ayudante me paraban porque era joven y tal vez me confundían con un alumno, y no recuerdo si me dejaban entrar o no, ciertamente estaba todo muy restringido en todas las áreas, como fue todo el Proceso, que afortunadamente ustedes no lo vivieron.

En realidad el sistema educativo estaba ideológicamente controlado, hubo un interventor en la Facultad y hubo un control muy fuerte. Como yo estaba en una cátedra como Derechos Reales, y además yo no enseñaba los Derechos Reales de Rusia sino los Derechos Reales en el sistema argentino, no tuve problemas concretos con la materia.

—*¿Es cierto que tiene pensado jubilarse como Profesora Titular?*

—Eso tiene que ver con el tema del cumplimiento de la edad legal, yo ya la cumplí, y en verdad la cronología es la que define estas cosas (risas), y



ciertamente uno a veces se cansa y si bien sigo entusiasmada sinceramente hago muchas cosas, no tengo pensado renunciar, pero llegan los momentos para que la gente joven y muy capaz que uno tiene en la cátedra o en otras cátedras, asuma los lugares, a mi no me parece que yo sea imprescindible. En realidad la edad tope establecida ya la cumplí, inclusive pasó un año desde que la cumplí, tengo sesenta y seis años, y muchas cosas que hacer y realmente sigo siendo docente en varios ámbitos. Pero veremos a su debido tiempo qué pasara.

—*¿Cómo era la enseñanza del Derecho cuando usted era alumna y cómo la ve en la actualidad?*

—No toda la cursada era del nivel de Cueto Rúa (risas). No había mucha oferta de cursos, cuando yo estudiaba había uno o dos cursos por materia, no había tantos alumnos como ahora, pero ciertamente había muchos. Uno entraba al curso por promedio o por cantidad de materias, en cada curso había veinticinco alumnos y la mitad entraba por promedio y la otra mitad por número de materias. Cuando yo era alumna era un sistema muy elitista y casi no había alumnos en los cursos, lo normal era dar el examen libre. En mi caso además de dar el examen libre iba a las clases magistrales porque me interesaba, en cambio otros estudiaban el libro y se presentaban a dar examen sin haber visto ni escuchado a ningún profesor.

En aquel tiempo la enseñanza era muy distinta a la actualidad, había muy pocos alumnos cursando, y poca oferta, en la cátedra de Reales estaba Gatti, había un curso de Allende, y otro de Laqui, es decir había una cátedra con dos o tres adjuntos, entonces había muy pocos alumnos cursando en la Facultad, y además teníamos que anotarnos en el horario que se daba el curso, por eso les digo que yo iba a un curso que comenzaba a las siete de la mañana y luego asistía a otro que terminaba a las once de la noche, cuando nos interesaba cursar una materia teníamos que adaptarnos a ese horario y no había otras opciones. La mayoría avanzaba en la carrera sin cursar.

En mi caso por el promedio alto pude hacer muchos cursos, recuerdo que había otros estudiantes que esperaban para que les asignaran el curso y hacían toda la carrera a través de esta modalidad, como yo no tenía interés en esperar hice algunas materias libres, estudiaba mucho pero también presenciaba las clases magistrales, un día la daba el titular, otro día algún adjunto y se alternaban, iba a ver exámenes para ver el método de evaluación.

Nunca fue mi objetivo obtener la medalla de oro, si bien tuve diploma de honor, yo no estudiaba por la nota sino que estudiaba porque me interesaba, la nota venía accesoria.

Respecto a la enseñanza del Derecho en la actualidad no puedo dar un criterio absoluto, siempre hay buenos y malos estudiantes, en el mismo curso hay estudiantes que aprovechan y otros que no, en mi época ocurría lo mismo, siempre ha habido estudiantes que aprenden mucho y otros que no. De todas formas no siempre los que tienen peores notas son los que aprendieron menos, porque en realidad hay distintas personalidades, o distintas capacidades para dar un examen escrito o un examen oral, para enfrentarse al parcial aún sabiendo mucho. Es decir hay muchas variantes, la nota alta es muy difícil y no necesariamente refleja el desempeño ni el conocimiento aunque trata de acercarse.

Yo creo que no se puede dar una regla total, es cierto que un curso muy masivo, como los actuales impiden a un profesor relación directa con los alumnos, pero siempre hay métodos de casos, trabajos grupales y se debe contar con un buen equipo de auxiliares docentes para control, existen distintas maneras para llegar a los alumnos, generalmente los estudiantes que acercan sus dudas, participan y se destacan generan cierta envidia, y si ustedes que están en *Lecciones y Ensayos* seguro que son los favoritos de los profesores (risas), en mi época el modo de selección para integrar esa revista era a través de un promedio alto.

Yo creo que es muy distinto un curso de ciento cuarenta alumnos que uno de veinticinco, pero no por ello debe bajar la calidad de la enseñanza, yo he tenido en la época de las grandes comisiones un grupo de muchos alumnos, y para lograr el manejo de un curso de ciento cuarenta alumnos se pueden hacer grupos de siete u ocho alumnos, contando con un grupo de ayudantes colaboradores que además conozcan las dinámicas grupales de la materia, y así el curso se puede manejar de una mejor manera, pero es necesario tener estos elementos, alumnos formados en grupos, resolución de casos, ayudantes colaboradores, y esto genera que todos participen. En un curso de veinticinco alumnos es más fácil porque si hay alumnos que no están interesados no tienen muchas opciones para distraerse, pero en grupos amplios es más difícil el control y fomentar la participación, en los cursos reducidos es más fluida la participación, en grupos amplios constantemente hay que buscar la manera de despertar el interés.

Es necesario tener un equipo numeroso de colaboradores y auxiliares que además se entusiasmen porque la actividad es *ad honorem* hasta llegar a los cargos más altos, y así se logra un sistema que se complementa.

Ahora que soy profesora lo veo desde otra perspectiva, no sé como lo ve el estudiante, yo creo que los tiempos cambian y toda época es buena en

algún sentido y a uno le toca el contexto que le toca, hay que aprovechar lo mejor posible, lo cierto es que en cursos menos masivos, con metodologías nuevas y profesores dedicados, de alguna manera se configura una situación ideal. No creo que sea muy buena la educación exclusiva con clases magistrales, ni tampoco la masiva, lo ideal sería algo intermedio, un híbrido de estas situaciones.

—¿Cómo fue su formación jurídica en el exterior?

—Lo primero que realicé fue una serie de cursos en la Escuela Judicial de Estados Unidos, recuerdo que estaba en los cursos de carrera docente, siendo profesora Titular, también con la profesora Gladys Álvarez, yo era Juez de Primera Instancia y ella camarista y profesora adjunta, ambas muy interesadas en la enseñanza del Derecho, en aquel tiempo se nos acercó una persona del curso con un folleto informándonos de la existencia de la Escuela Judicial, yo les escribí para inscribirme, no era época de mails, mandé una carta consultando si aceptaban estudiantes extranjeros, y me respondieron que mientras hablara inglés e hiciera el primer curso de Jurisdicción General, ellos aceptaban. Gladys y yo nos anotamos en lo que sería el verano de ellos que coincidía con nuestra feria, sumado a algún período de licencia, porque el curso duraba alrededor de cinco semanas. Recuerdo que eran ciento veinte jueces americanos y nosotras dos, allí claramente se trabajaba con enseñanza para adultos y método de casos. En algún punto nosotras fuimos para analizar qué y cómo se estudiaba allá, muy interesadas en la metodología de la enseñanza del Derecho. Ahí empezamos y conocimos algunas variantes de métodos alternativos de resolución de disputas.

Luego yo fui a capacitarme en cursos de negociación y mediación en Harvard, que eran cursos de una semana, aprovechaba las ferias judiciales para poder hacerlos.

Recuerdo que el primer curso fue en julio, en el verano de Nevada, y había un calor terrible, porque es en el desierto, como en las películas de cowboys, y la verdad que hacía un calor seco y agobiante, pero sinceramente fue muy bueno porque uno estaba desde que desayunaba a la mañana en la posada de la escuela y luego todo el día se dictaban las clases, era muy intensivo tanto a la mañana como por la tarde.

También hice algunos cursos de postgrado en Harvard relativos a otros temas de Law and Economics, y básicamente esa es mi experiencia en el exterior. Yo no obtuve ningún título porque estudié siendo Juez y aprovechaba algunas vacaciones, todo lo hice con mi sueldo, porque nadie me

pagó nada, y además con familia y chicos, y mi mismo marido por cuarenta y tres años (risas).

—*¿Qué diferencias encuentra en la enseñanza universitaria y de posgrado en la Facultad de Derecho de la UBA y en el exterior?, ¿qué cambios considera necesarios para mejorar nuestra formación en Derecho?*

—En mi experiencia la gran diferencia es que en los cursos norteamericanos se cursan intensivamente, por ejemplo uno esta cursando cinco semanas, pero en ese tiempo se cursa desde la mañana hasta la tarde en clases, luego te dan algún momento para realizar ejercicios. Los cursos de postgrado acá son distintos, uno asiste durante los ocho meses del ciclo lectivo una vez a la semana algunas horas, entonces es otro modo, aquí se hace lo que se puede, allá los jueces por ejemplo hacen este tipo de cursos con licencias y todo pago, acá uno puede hacer un curso de esas características en las ferias. Nosotros hace tiempo que queremos que se otorguen licencias para la capacitación judicial, aunque sea sólo por unos pocos días, porque en general acá no hay licencias para hacer cursos, en Argentina los jueces realizan sus posgrados a la tarde o a la noche, pero a la mañana trabajan y a la tarde también lo suelen hacer, a veces hacen su capacitación luego del horario de atención al público, pero no hay una verdadera posibilidad como la tienen los jueces norteamericanos a quienes les dan licencias y el Estado al que pertenecen les paga el curso, a mi nadie me pagó nada y siempre curse en épocas de feria, esto es una gran diferencia, en realidad deberíamos tener un sistema en donde se priorizara la capacitación en cuanto a la judicatura, en Estados Unidos tienen una buena metodología de enseñanza de adultos de posgrado que es interesante analizar.

Los doctorados que hice acá tenían el sistema aburrido de siempre (risas), recuerdo que el primero lo hice cuando era Defensora Oficial, hice el doctorado completo en Derecho Internacional Público durante dos años, pero no hice la tesis, en aquel tiempo me interesaba esa rama, después me empezó a interesar el Derecho Privado, y me integré a la Cátedra de Gatti de Derechos Reales y realice el doctorado en Derecho Civil, que en ese momento eran clases en las que teníamos que preparar monografías, y las clases teóricas las daba personalmente el Dr. Llambías quien fue un gran docente, un verdadero doctrinario, este posgrado lo hice durante dos años enteros y ahí sí finalice la tesis, que me llevó tanto tiempo escribirla como pasarla a máquina ya que había que hacerla en papel romaní, y si te equivocabas dos o tres veces había que sacar la hoja y hacerla devuelta, esto hacía demorar mucho la tesis.

—*Usted ha sido investigadora con la categoría más alta. ¿Qué opina sobre la investigación en Derecho Privado en nuestra Facultad?*

—Sin entrar en detalles, me parece que se podría hacer mucho más. Yo obtuve la categoría más alta de investigación que me vencié hace poco y la ostenté durante muchos años, desde 1999 a año 2009. El mayor aporte que hicimos fue una investigación denominada “La función notarial en la comunidad globalizada” que culminó con la publicación de la misma hace pocos años, yo fui directora de esta investigación, la coordinadora fue la profesora Angélica Vitale y el equipo estuvo integrado por la Dra. Liliana Abreut y Ricardo Blanco Lara, que es notario. Esta investigación consiste en una comparación del sistema notarial latino y el del *common law*. En principio fue una idea de algunos docentes de mi cátedra, quienes me solicitaron que yo sea la directora de la investigación porque yo revestía la categoría más alta como investigadora. Verdaderamente implicó mucho trabajo, justo fue en la transición mía de la Cámara a la Corte, yo asumí en Junio del 2004 pero esto venía desde antes, y me dio mucho trabajo porque corrijo cada cosa y me involucro mucho, analizo cada avance y redacto varias veces las ideas, pero finalmente salió muy bien y fue un gran aporte.

Creo que en general no hay gente que tenga tiempo para dedicación exclusiva y permanente, en el caso que les acabo de explicar nos dividimos las tareas y cada uno siguió desarrollando su actividad, los jueces como jueces, los notarios como notarios, uno pone el tiempo que puede, no es lo mismo que te paguen para investigar, nos dieron un monto pero devolvimos casi todo, porque lo que no gastamos fue devuelto, gastamos meramente en libros, fotocopias, y algunos cálculos hechos por un actuario.

También he sido tutora de muchas tesis, ¡que trabajo que me da! (risas).

—*Con el advenimiento de la democracia y su continuidad, ¿cree que ha habido avances en el ejercicio de la función judicial?*

—Sí, por supuesto, creo que la mayor libertad, la posibilidad de independencia judicial y el hecho de poder disentir es un gran avance. Aunque yo siempre he sido independiente, lo cierto es que hay más tranquilidad, la sensación de que nadie te va a presionar porque la verdad es que actualmente no existen presiones de ninguna clase, ni requerimientos, ni reclamos, ni pedidos, y esto les pasa a todos los jueces en general, es una percepción común de los jueces de tener una serenidad en este sentido.

Siempre han existido distintos modos de presión o aprietes globales, distintos grupos de presión. En algunas épocas a través de los sueldos muy bajos, recuerdo que se tuvo que hacer juicios por la falta absoluta de

actualización del salario, y esto es muy importante porque para los jueces es incompatible ejercer otra actividad, salvo la docencia en la que se gasta más de lo que se gana, sucedió en épocas que no recuerdo puntualmente, que el sueldo de los jueces no alcanzaba ni siquiera para pagar el colegio privado de sus hijos, ni las expensas.

—*Considerando que es la ministro con mayor trayectoria en la judicatura, ¿qué reflexión le genera haber llegado al más alto tribunal habiendo formado parte de tantos tribunales inferiores?*

—Yo fui Defensora de Incapaces y Ausentes ante la ex Justicia de Paz, luego Juez de Primera Instancia por diecisiete años, y después Juez de Cámara por otros diez años, ahora hace cinco años que estoy en la Corte, y en verdad el mayor logro es avanzar en ser juez, no es lo mismo serlo cuando uno nunca lo ha sido que luego cuando se adquiere mucha experiencia, y a medida que uno asciende se incrementa el desafío, y además estoy más a la vista, mi exposición pública tal vez fue mayor por ser la primera mujer, esto es verdad, porque a los hombres tal vez no les sucedía tanto y en la calle no les conocían la cara, y a mi me paraban en todos lados, en la calle, en los negocios, y me reconocían con mucho afecto, con respeto, y con cariño.

Cada etapa es un reto, porque además el liderazgo judicial es un desafío, yo he sido de alguna manera líder judicial porque he pertenecido a la Comisión Directiva de la Asociación de Magistrados, pero el hecho de estar en la Corte me vincula a todo el país por ser una función del poder, y estoy relacionada con todos los jueces. Ser Ministro de la Corte me relaciona con todos los ciudadanos, a veces algunos piensan que por estar en la Corte uno todo lo puede, pero ciertamente sólo tratamos los casos judiciales de la competencia de la Corte, nosotros trabajamos en la reformas y en capacitación, pero los casos que evaluamos son los expedientes que llegan a la Corte.

—*¿Cuál es la función de la CSJN?*

—Es el Supremo Tribunal del país, tratamos temas constitucionales y federales, también implica un liderazgo en el Poder Judicial, y así lo asumimos nosotros, además de tratar los expedientes judiciales trabajamos en las reformas necesarias y proyectos para mejorar la función y relacionarnos con los jueces nacionales, federales y provinciales, y nos relacionamos y solucionamos los conflictos del usuario de la justicia, es decir trabajamos con los problemas del ciudadano.

Desde el punto de vista jurídico la Corte es el Tribunal Superior del país y entonces prevalece por sobre todas las Cámaras Federales y Nacionales

de todos los fueros, también sobre la Casación en materia penal, y además sobre todas las Cortes Provinciales o Superiores Tribunales de Provincia del país, esto desde el punto de vista de los expedientes, pero además como este es un país federal cada Provincia tiene sus tres poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y dentro de este último, cada Poder Judicial Provincial tiene su organización, su superintendencia, su Constitución Provincial que tiene que cumplir con los requisitos de la Constitución Nacional, porque básicamente este es un sistema federal.

—*¿Qué significó en su vida haber sido designada ministro de la Corte Suprema?*

—Seguir siendo Juez pero con mayores responsabilidades, un verdadero desafío, pese a que implica seguir siendo Juez.

—*¿Qué implica ser Vicepresidenta del alto tribunal?*

—Más trabajo (risas). Si bien en relación a los expedientes todos los ministros tenemos el mismo caudal de trabajo, el servicio de vicepresidencia implica poder asumir estos cambios conjunto con el Presidente, inclusive sobre estos cambios tomamos distintos aspectos, porque yo me encargo de lo que es “acceso a justicia”, y él en lo referente a la gestión, informatización judicial, etcétera. Aunque todos estamos trabajando en todo, siempre hay una cara visible en algunas temáticas.

—*¿Cuáles cree que han sido los avances de la Corte en su actual composición?*

—Es difícil responder esto sucintamente, pero en principio la apertura de la Corte, las audiencias públicas, la transparencia.

Esto tal vez es mejor que lo digan los demás en vez de explicarlo yo misma, pero nosotros nos sentimos muy conformes con las audiencias públicas porque dan la posibilidad de ponernos a la luz de los medios periodísticos y de los ciudadanos, tenemos nuevas relaciones con la prensa, estos son objetivos que nosotros tenemos, y esperamos lograrlos.

—*Usted considera que la Corte no está para todo tipo de casos, y esta composición del Alto Tribunal ha asumido su función con un exceso en la cantidad de demandas que llegan a la última instancia. ¿Cree que se han dado soluciones a este problema?*

—Se están dando, estamos trabajando en eso, ciertamente falta mucho por hacer, porque estamos trabajando en lograr una mejor gestión, y rechazando lo que se sabe que no corresponde a la Corte, tratamos de disuadir los casos que no merecen análisis y al hacerlo, lo más rápido posible, se evita una sobrecarga innecesaria.

Siempre hay personas que creen y saben que algo no tendrá éxito, pero si se ganan unos años de dilatación del proceso les conviene y entonces llevan el caso a la Corte, y nosotros al desestimar estas situaciones con agilidad evitamos que cualquier caso llegue a la Corte, hay que tener en cuenta que no todos pagarían una tasa cinco mil pesos por extender el juicio un mes. Ciertamente la Corte no está para chapa y pintura.

—*Con un sistema judicial sobrecargado con causas judiciales y una visión generalizada de que el pleito es la única solución, ¿cómo puede bajarse la litigiosidad sin afectar el acceso a la jurisdicción?*

—Trabajando en solución alternativa de disputas como un complemento a la jurisdicción. Todos los jueces hemos decidido implementar una política de “acceso a justicia” y resolución alternativa de disputas, que logrará bajar la litigiosidad y la sobrecarga judicial.

Estamos trabajando en todo esto de acceso a justicia, está todo en el mapa, y están todos los jueces del país en esto. Nosotros estamos a la vanguardia, incluso hubo una directiva de la Unión Europea en Mayo del 2008 para implementar esto, nosotros lo tenemos hace veinte años, en algunos países también ya existe, pero nosotros estamos trabajando muy bien, y ya lo tenemos en veintiún provincias.

—*¿La instauración de “nuevas tecnologías” puede ayudar a la dinámica y eficiencia de la administración de justicia?*

—Funciona bien, está en licitación, no es mi área, creo que ayuda y es importante, incluso fui precursora y mi Juzgado fue piloto, siempre me he metido en todo (risas).

—*Usted fue pionera en la instauración de métodos alternativos de resolución de disputas en nuestro país. ¿Cómo despertó su interés y qué logros obtuvo a lo largo de casi dos décadas de trabajo en esta temática?*

—Me despertó el interés el hecho de haber cursado en una Escuela Judicial cuyo objetivo era la enseñanza de adultos para implementarlo e instaurarlo en Argentina a través del Consejo Directivo de la Asociación de Magistrados que yo integraba en ese momento, aparecieron los métodos alternativos de resolución de conflictos, desde el año 1989 nos embarcamos en esto, hicimos las primeras comisiones. En veinte años el mundo ha cambiado mucho en este tema, y verdaderamente Argentina es uno de los países que soluciona buena parte de los conflictos con estas alternativas.

En sede Civil, que siempre fue mi fuero y que es cuantitativamente muy masivo, la Cámara Civil de la Capital en trece años de mediación obligatoria, tiene una constante que demuestra que sobre doscientos cincuenta



mil casos que fueron a mediación solamente devino en juicio una cifra que se aproxima al treinta por ciento, es decir que hay un setenta por ciento de casos que son resueltos en esa instancia.

Además, pese a las quejas, los mediadores son bastante buenos porque las tasas de ejecución de acuerdos de mediación, en proporción con todos los expedientes que quedan en mediación, llegan al uno o dos por ciento, en lo que son sólo acuerdos de mediación en cuanto a su carátula u objeto litigioso.

—*¿Qué es acceso a justicia?*

—Acceso a justicia quiere decir que los ciudadanos tengan la posibilidad de acceder a una solución justa y adecuada para sus conflictos. Debemos hablar de “acceso a justicia” y no “a la justicia”, porque no consiste únicamente en obtener una sentencia en todo tipo de casos, sino que “acceso a justicia” significa la resolución del conflicto de manera inmediata y justa. La Corte Suprema y todos los jueces argentinos tienen la política actual de fomentar estas alternativas para dar distintas alternativas y soluciones a los conflictos de los ciudadanos con la menor lentitud posible. El acceso a justicia también se logra mediante acciones concretas de todos los poderes públicos.

La gente siempre tendrá el acceso a la jurisdicción, pero además pueden contar con toda una amplia gama de alternativas como son la mediación, negociación, conciliación, arbitraje, las casas de justicia, las oficinas de atención al ciudadano, la oficina de violencia doméstica, entre otras posibilidades, y todo esto es acceso a justicia.

Esta Corte Suprema y todos los jueces argentinos estamos a la vanguardia en el mundo en materia de “acceso a justicia”.

—*¿En qué consiste el mapa judicial de acceso a justicia? ¿Cómo fue la experiencia de creación de un mapa judicial de acceso a la justicia entre jueces argentinos de distintos fueros y rangos, a través de las conferencias anuales de jueces?*

—Cada año estamos realizando las Conferencias de Jueces encabezada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y que agrupa a todos los jueces, y en la Segunda Conferencia de Jueces, se llegó a un consenso entre todos los jueces del país respecto al modo de bajar la litigiosidad, dar mayores satisfacciones y acceso a justicia. Se decidió concretar estos objetivos y para ello se dividió el trabajo en tres etapas y se creó una comisión compuesta por doce personas representativas del Poder Judicial de todo el país.

La primer etapa de trabajo que tuvo la comisión fue hacer el mapa de “acceso a justicia”, esto implica saber qué tenemos y en qué estamos trabajando respecto de la resolución alternativas de disputas o los modos menos invasivos de resolver conflictos relacionados con los poderes judiciales del país. El mapa no abarca lo que no se encuentre dentro del poder judicial, esta tarea se acaba de terminar, y por eso presentamos el mapa en una audiencia pública, porque fue el resultado de un año de trabajo. Toda la información del mapa de acceso a justicia se actualiza continuamente, está todo el mapa en internet, en la página de la Corte y en el Centro de Información Judicial, porque también es un objetivo que todos puedan acceder a esa información.

La segunda etapa consiste en la comparación de toda la información recabada, siempre existen cosas distintas, ni mejores, ni peores, esto es para que lo conozcan los abogados, los ciudadanos, y los jueces de todas las provincias. Hay situaciones que los ciudadanos no saben aunque vivan en este país, o se dediquen a la materia, ni tampoco conociendo a todos los jueces del país se pueden conocer las dificultades del acceso a justicia, por eso esta etapa consiste en el intercambio de la información.

La tercera etapa consiste en elaborar políticas generales consensuadas. Este es un país federal y cada provincia hará lo que tenga que hacer y se buscará una armonización, compartiendo experiencias en todo momento, para luego generalizarlas, y lograr que lo que se llevó a cabo en una zona pueda ser extendido a las otras.

—*¿El derecho a la defensa y el acceso a la jurisdicción están garantizados con la amplia gama de medios alternativos de resolución de disputas incorporados en las últimas décadas?*

—Claramente esto no afecta el acceso a la jurisdicción ya que es un complemento, por eso es que los jueces estamos en esto. Los jueces no tienen como única misión hacer sentencias, por eso es apropiado llamar “acceso a justicia” en vez de “acceso a la justicia o a la jurisdicción”.

El Estado debe proveer los mecanismos para que se puedan resolver conflictos de otra manera y no sólo a través de la jurisdicción, dentro de esto el Poder Judicial tiene una responsabilidad importante. En general en estos sistemas los empleados son del Poder Judicial, aunque existen muchas variantes y no siempre es así en todas las provincias, pero es responsabilidad del Poder Judicial controlar y llevar las estadísticas, porque es parte del sistema de justicia.

—*Teniendo en cuenta que la violencia doméstica es una de las mayores causas de muerte y lesiones de mujeres en el mundo, y la situación de*

*vulnerabilidad en que se encuentra la mujer, ¿cómo se actúa ante casos de tanta complejidad, donde el enemigo está dentro de casa? ¿Qué políticas judiciales existen para combatir este grave problema?*

—Ciertamente es la mayor causa de muerte de mujeres en el mundo y esto lo ha dicho el Secretario General de la ONU, esta información es rigurosa, y las estadísticas provienen de todo el mundo. Ocurre en todos los países, en todas las clases sociales, en los países centrales y también en los pobres. A veces se dice que es una situación marginal, hay bastante prejuicio, pero no es cierto, porque sucede en todos lados. Es algo muy oculto, es muy complejo. Lo importante es reconocer que no es un problema privado que queda en cuatro paredes del hogar, a veces la familia lo oculta o hay una dependencia económica, pero es una temática que implica políticas públicas, hay un entramado complejo.

No cualquier situación es violencia doméstica ya que se trata de un sistema circular, son ciclos con escaladas de violencia, que si no se combaten a tiempo concluyen en el peor de los casos que es el homicidio. La violencia contra la mujer tiene muchos aspectos, la ONU se refiere a otros casos de violencia de género, por ejemplo en las guerras las mujeres son víctimas de violaciones y esclavitud. Hay muchos modos de violencia de género, pero nos restringimos sólo a la violencia doméstica, que no es sólo contra la mujer, pero las estadísticas dicen que son las más afectadas.

Esta es la política contra la violencia doméstica, colaborando con el ciudadano y los jueces. Es importante pedir ayuda, acudir a la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte u a otra oficina, no hay que ocultar el problema, hay que crear conciencia, empezar a educar desde las escuelas y a los niños porque se repiten estos patrones de conductas.

Esto es un problema de salud pública, debe haber una política de Estado, la violencia doméstica es una violación a los Derechos Humanos y no es un asunto privado, y requiere de acciones concertadas de todos los poderes del Estado para combatir este flagelo.

*—Ésta es la única corte en el mundo con una oficina de violencia doméstica. ¿Qué logros han obtenido y cuáles son los próximos desafíos?*

—Nosotros hemos creado la Oficina de Violencia Doméstica para colaborar con los jueces. Antes el informe de riesgo tardaba cuatro meses, ahora esto se ha agilizado y se hace en el momento, por ello las medidas cautelares que puede tomar un Juez de Familia las puede hacer en el momento, o en la mañana siguiente, según el momento en que le llegue el caso. Incluso ayuda al Juez Penal porque cuando es una lesión leve normalmente

quedaba archivado en el mar de expedientes, y ahora los casos llegan con las lesiones constatadas, con las fotos, con un informe de riesgo, y esto se deriva a los juzgados. Es una gran colaboración a los jueces, y es un lugar donde la ciudadanía acude con confianza, y pueden acceder mañana, tarde y noche, día de semana o en fin de semana.

En esto tenemos una política federal con todas las cortes del país, tenemos una comisión federal, todas las Cortes del país están consustanciadas con esto, es muy importante y relevante. Estamos en un plan piloto y queremos generalizarlo. Estamos en la etapa de analizar qué es lo que sucede después de acudir a esta oficina, es decir los resultados de todo el proceso.

Esta Corte tiene la única Oficina de Violencia de Doméstica en el mundo, y sin duda alguna esto también es “acceso a justicia”. La presentamos para el día de la mujer en Washington, ante cincuenta jueces y no podían creer que en Argentina hiciéramos esto, y ha servido de modelo tanto en el exterior del país, como en las provincias, porque otras Cortes tendrán un grupo de expertos para orientar a los jueces, pero no tienen como nosotros una oficina con expertos totalmente abierta al ciudadano que sufre la violencia doméstica, aunque vale aclarar que son más ciudadanas que ciudadanos las víctimas de estas problemática. Esta oficina está abierta al público las veinticuatro horas, todos los días del año.

También estamos trabajando en la creación de un nuevo grupo de trabajo para generalizar sistemas para evitar la violencia doméstica en todo el país, con jueces de todas las provincias, y lograr así la colaboración mutua ante esta problemática.

La estadística muestra que el ochenta y seis por ciento de los denunciadores son mujeres, el catorce por ciento varones y la mitad de ellos son niños. También que la franja de edad entre víctimas y denunciados es de treinta, y treinta y nueve años de edad. La violencia en el setenta y ocho por ciento de los casos tiene violencia física, esto es muy relevante y preocupante, en el noventa y nueve por ciento hay violencia psíquica y está todo demostrado. Tenemos psicólogos, médicos, asistentes sociales, y abogados que han demostrado estas cifras.

—*¿Qué impacto le parece que tendrá el aumento del número de juezas en las decisiones judiciales?*

—Creo que habrá cambios, pero en algunos temas, como respecto a violencia doméstica y menores, porque probablemente tenemos mayor interés en ciertas problemáticas. Desde que yo estoy en la Corte se le da trato

preferencial a los casos en los que hay menores involucrados, y esto antes no se había hecho.

En otros niveles del poder hay cupos, en el Poder Judicial no lo hay, pero desde que hay concursos muchas más mujeres ingresan a los cargos superiores y a ser juezas, se ha dado que una mayor cantidad de mujeres lleguen a los cargos y al sistema judicial.

—*¿Existe la perspectiva de género a la hora de redactar una sentencia?*

—No creo que exista puntualmente a la hora de redactar una sentencia, pienso que las mujeres tenemos la característica de tener mayor empatía, mayor sensibilidad y comprensión de ambas partes y ponernos en los zapatos de uno y de otro, aunque esto no es exclusivo de las mujeres, esto influye por lo menos en el manejo del conflicto que está bajo el manto de un expediente judicial. Pero no diría en el momento de redactar una sentencia.

—*¿Le parece que esta mirada de género contribuye a lograr que los jueces decidan los casos de manera más justa?*

—Yo creo que la heterogeneidad de la composición de este poder y de los otros, es un requisito básico de la democracia. Esto es importante porque se ven más representados los ciudadanos existiendo distintos puntos de vista. Siempre se logra un producto de mayor calidad cuando la composición de un poder es heterogénea como el caso de esta Corte, aunque sea más difícil llegar al consenso, pero siempre hay que respetar las opiniones de los otros y respetar la diversidad.

—*¿Qué opina sobre el debate que propone bajar la imputabilidad de los menores?*

—Sólo voy a mencionar que algo se debe hacer, pero más que esto no puedo decirles. Siempre digo lo mismo, yo respeto la independencia de los otros poderes, y es una decisión de los representantes del pueblo decidir la edad de imputabilidad, y cuáles son las políticas legislativas para los niños.

Algo se debe hacer, en la nebulosa como están me parece que no es lo más correcto, pero qué es lo que se debe hacer no quiero decirlo en los medios o en una revista. En el hipotético caso de que exista una convocatoria concreta de los integrantes del Poder Legislativo yo realizaría una colaboración en alguna comisión si me lo solicitan. Yo no hablo de lo que deben hacer los otros poderes. Así como yo exijo que se respete mi independencia judicial, yo respeto la independencia de los poderes. Como a mi no me gustaría que un parlamentario me diga lo que debo poner en una sentencia, yo no puedo decir lo que ellos deben establecer en una ley.

—¿Qué opinión le merece la percepción de los ciudadanos de la figura del juez como un funcionario equidistante y neutral, que decide según la ley y no tiene en cuenta la vida concreta de los individuos sobre los que está decidiendo?

—Lo que hay que resolver es un conflicto conforme a la ley, pero hay que tener en cuenta que son las personas las que están involucradas, el acceso a justicia implica un acercamiento. Por ejemplo no es tan urgente decidir sobre la continuidad de un contrato en comparación con temas en donde hay menores involucrados.

—¿Cuáles son las perspectivas y desafíos de la CSJN en su actual composición?

—El obtener una verdadera protección ciudadana, convocar a todos los jueces del país y que se sientan representados, y generar confianza en el sistema de justicia, comprendidos por los defensores, fiscales, jueces, y abogados, entre otros.

La falta de confianza en la justicia viene desde hace mucho tiempo, sobre todo por la demora, porque como les dije el noventa y nueve por ciento de los jueces trabaja bien, y sólo son noticia los que protagonizan algún escándalo.

Queremos ampliar el acceso a justicia a todos los problemas posibles, pero desde todo el sistema judicial, esto es un cambio de paradigma.

Fundamentalmente esta nueva composición de la Corte está generando prestigio en el Poder Judicial, y esto es un proceso progresivo para seguir mejorando.

—¿Qué mensaje quisiera transmitir a los estudiantes del Derecho?

—Me parece que todos tienen que tener en claro que hay que devolver a la Facultad o al Estado todo lo que han recibido. Hay que devolver a la sociedad cuando uno ha tenido la ventaja de estudiar frente a todos los otros que no pueden estudiar por no tener acceso y también frente a tantos ciudadanos que están sosteniendo la educación pública de los que estudian, es necesario tener esta conciencia. Quienes hemos tenido acceso a la educación universitaria somos privilegiados, alguno tendrá más dinero que otro, pero han podido estudiar, incluso a veces algunas personas con mucho dinero eligen hacerlo gratuitamente porque la universidad pública sigue siendo considerada la mejor.

No hay que olvidar el trabajo *ad honorem* esto es una profesión liberal, un modo de vida, y si bien el objetivo es sostenerse a uno y a la familia no hay que olvidar que debemos devolver a la sociedad lo que

uno recibió, hay que hacer todo tipo de tareas y una gran parte darlo a la sociedad.

Como reflexión final para los estudiantes de Derecho, ellos deben tener presente que en un futuro cercano serán los hacedores de la paz. Tienen que trabajar más en negociación y resolución de conflictos, en vez de tragarse los códigos, es decir hay que relacionar, lo básico es aplicar lo que está en los códigos para solucionar conflictos y negociarlos, en vez de confrontar en todos los casos. Esto tiene que ver con el acceso a justicia, y tienen que comprenderlo los más jóvenes porque son los que con mayor facilidad pueden cambiar.

—*Dra. Highton, muchas gracias.*





## MISCELÁNEAS



## EL DÍA QUE D'ALESSIO SE EMOCIONÓ

JUAN JOSÉ CARBAJALES\*

*In memoriam*

- *Presente.*
- *Dabo, Nicolás.*
- *Presente, profesor.*
- *D'Alessio, Julia.*
- *Presente.*
- *Perdón, ¿usted es algo de D'Alessio... D'Alessio?*
- *Mmm, sí, la hija.*
- *Epa, ¿y eso es un honor o una mochila pesada en esta facultad?*
- *... las dos cosas.*

\* \* \*

Al final de esa primera clase, luego de conocer a la hija más chica (¡la 8°!) del ex Decano de nuestra querida facultad, gran jurista –Procurador ante la Corte– y conjuer del Tribunal federal que juzgó a las Juntas Militares de la última (y nefasta) dictadura, ya estábamos organizando algo para invitar al “papá de Julia”.

Tras una consulta filial, accedió con gusto a participar de la clase. En realidad, si bien no podíamos desperdiciar una oportunidad única de contar con semejante figura en nuestro curso, no era fácil adecuar al penalista a un programa de Teoría General del Derecho. Por lo tanto, pensamos que debíamos encarar la temática del Juicio a las Juntas desde un punto de vista integral. Preparamos un trabajo práctico especial para que los alumnos,

\* Abogado (UBA) y Licenciado en Ciencia Política (UBA). Docente de grado por concurso público en la Facultad de Derecho (UBA).

con una antelación considerable, investigaran el contexto histórico que llevó a un proceso único en el mundo, comenzando –algo arbitrariamente– en 1973 con la vuelta y fracaso del último peronismo, y llegando hasta los “juicios de la verdad” que se venían desarrollando en esa época (todavía las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida no habían sido anuladas). Asimismo, al enfoque histórico le agregamos el estudio de los hitos procesales del juicio, haciendo hincapié en las posturas adoptadas por las partes frente a la definición de derecho y de orden jurídico y a las concepciones de la justicia; temas propios de nuestra materia.

A modo de preparación, tuve el honor de que el Dr. D'Alessio me recibiese en su estudio privado a unas pocas cuerdas de la facultad. Fue un encuentro ameno y productivo, donde pude revertir la imagen del Decano malhumorado y distante que tenía como alumno, por la de una persona de bien, afecta a su gran(de) familia de manera admirable, y entusiasta vivaz de la filosofía del derecho. Quedamos en vernos a la semana en la (su) facultad.

\* \* \*

Y el gran día llegó. Estábamos todos muy nerviosos. Los alumnos (Nico, Vicky y “Julita”, entre otros) porque en esa clase debían entregar los TP, cuyo volumen con anexos de documentación histórica sorprendió hasta el mismísimo D'Alessio. Nosotros, los profesores y ayudantes (la Dra. Gil como Adjunta y Felicitas y Paola como estudiantes), pues trasuntábamos el reto; sabíamos que el evento académico tendría una trascendencia inédita para nuestra comisión. Pero no el Doctor, quien más bien estaba feliz por dar una clase a su propia hija.

Entró al aula con su inseparable bastón, se paró en el frente, apoyado en el escritorio, y comenzó a dialogar con los alumnos. Contó su historia, la historia de un país herido pero renaciente, esperanzado. Los vaivenes del juicio, la amenaza de bomba desoída el primer día de las audiencias, los papelitos que se pasaban con notas y aún mantenía guardados, las marchas iniciales de las Madres que repudiaban el proceso tal como estaba planteado, los aprendizajes derivados de los juicios de Nüremberg en cuanto a la legalidad procesal del juicio (irretroactividad de la ley penal salvada con la aplicación del Código histórico en la materia), y las consecuencias de una sentencia equitativa y ejemplificadora.

También habló de su función como Decano, de las “dos facultades” que se encerraban en el edificio de Figueroa Alcorta, la facultad seria y la

chanta, la que sacó Presidentes de la Nación y la que permite graduarse a cualquiera con un poco de persistencia. Y exhortó a ampliar la primera y achicar la segunda.

\* \* \*

Todo transcurría en un ambiente sereno, de charla amena de ida-y-vuelta con alumnos y profesores hasta que en un momento algo pasó, algo inesperado para todos nosotros, testigos de un instante único en nuestras vidas de juristas...

Ante una pregunta sobre el Dr. Arslanián (a la sazón, Secretario de Seguridad de la provincia de Buenos Aires), D'Alessio, Andrés J. D'Alessio, el ex Decano cascarrabias, se quebró. Musitó un “es que nosotros... [por los seis jueces de esa memorable Cámara], nosotros...”.

Silencio.

Se cubrió los ojos con una mano, y vaya uno a saber qué recuerdo le vino a la mente, a qué entrañable añoranza viajó para reencontrarse con ese grupo de amigos que hasta hoy se seguía juntando (al que solía incorporarse el ex Presidente Alfonsín). Qué vivencia compartida sacudió su trascendencia...

\* \* \*

Ninguno de los alumnos hizo su ensayo posterior sobre lo que pasó ese día. La filmación (histórica hoy) se cortó unos minutos antes por falta de batería. Los inexorables obituarios no harán referencia a ese hecho... pero ninguno de nosotros olvidará jamás el instante en que el profesor D'Alessio se salió del libreto y nos regaló un cachito de su humano corazón.



¿LO SABÍA?





## **LAS VISITAS ÍNTIMAS DE LOS HOMOSEXUALES, SEGÚN D'ALBORA**

D' ALBORA FRANCISCO J., *CÓDIGO PROCESAL PENAL  
DE LA NACIÓN\**

Tratamiento de presos. Art. 313.— Excepto lo previsto por el artículo siguiente, los que fueren sometidos a prisión preventiva serán alojados en establecimientos diferentes a los de los penados. Se dispondrá su separación por razones de sexo, edad, educación, antecedentes y naturaleza del delito que se les atribuye.

Podrán procurarse, a sus expensas, las comodidades que no afecten al régimen carcelario y la asistencia médica que necesiten, sin perjuicio de la gratuita que deberá prestarles el establecimiento donde se alojen, por medio de sus médicos oficiales, recibir visitas íntimas periódicas sin distinción de sexo, en las condiciones que establezca el reglamento respectivo y usar los medios de correspondencia, salvo las restricciones impuestas por la ley.

Los jueces podrán autorizarlos, mediante resolución fundada, a salir del establecimiento y ser trasladados bajo debida custodia, para cumplir sus deberes morales en caso de muerte o de grave enfermedad de algún pariente próximo, por el tiempo que prudencialmente se determine.

El autor sostiene: “ *A nuestro modo de ver, las relaciones íntimas contempladas son tan sólo las que se realizan entre personas heterosexuales. El ámbito de privacidad garantizado por el art. 19, CN no autoriza siquiera a suponer que el Estado pueda fomentarlas cuando son de carácter homosexual. No obstante la equivocidad del texto, cabe entender que por resultar una desviación del instinto sexual normal, su facilitación no se compadece con las exigencias del bien común*”.

\* Ed. Abeledo Perrot, Cuarta Edición, Buenos Aires, 1999, pp. 539-540

## SOLER Y LA VIOLACIÓN

SOLER, SEBASTIÁN, *DERECHO PENAL ARGENTINO*\*\*

“No debe confundirse la verdadera violencia –que generalmente dejará en las ropas y el cuerpo de la víctima otras señales que las del acto sexual mismo– con la discreta energía con que el varón vence el pudor de la doncella que, en realidad, desea y consiente. La *vis grata puellis* (Ovidio) suele darse como criterio separativo entre la violación y el consentimiento”.

“No existe violación cuando media débito conyugal; pero por lo mismo, el matrimonio no excluye la posibilidad de violación ya que esta puede producirse por actos contra natura, que no son debidos. Puede también haber oposición legítimamente fundada en la necesidad de evitar el contagio de un mal. Vencer esa resistencia constituiría violación”.

## LINARES , LA DEMOCRACIA Y LA IGUALDAD

JUAN FRANCISCO LINARES, *DERECHO ADMINISTRATIVO*\*\*\*

“Lamentablemente en nuestro país la legislación por vía de ley formal pasa frecuentemente al campo del exceso. Sobre todo bajo los malos gobiernos de legislaturas integradas en un 99 % por legisladores ineptos, traídos por los regímenes de masas populistas, en los cuales el mero saber hacer escobas o levantar bolsas, se toma como fuente de idoneidad para legislar y para dirigir grandes empresas del Estado. Lo peor de esto es que esas legislaturas, incapaces de dictar leyes generales por su complejidad misma, se dedican a formular homenajes, repudios y a dictar leyes individuales dispensadoras de privilegios y mercedes, cuando no de persecución personalizada.”

\*\* T. III, La Ley, Bs. As., 1945 pp. 342-345.

\*\*\* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 55

## COSSIO Y LOS PROCESALISTAS

COSSIO, CARLOS, *TEORÍA Y PRÁCTICA DEL DERECHO  
EN ARGENTINA 1930-1960\*\*\*\**

“En el derecho procesal, por ejemplo, también estamos anclados en el sistema técnico de viejas leyes españolas. Sea cual fuere la envergadura científica que haya de reconocerse a nuestros procesalistas, hay que admitir que su ciencia es un fracaso\*, mientras ellos no consigan instrumentar un procedimiento forense que permita terminar un pleito en pocos meses. \*Frente al hecho sin excepciones de que, entre nosotros, el pleito más sencillo dura varios años, esa ciencia resulta una simple erudición de biblioteca inepta para mejorar la realidad de su incumbencia. Por eso se dice en el pueblo que es mejor un mal arreglo que un buen pleito.”

\*\*\*\* Editorial Sur, Buenos Aires, 1962, p. 268.



## CÓMO PUBLICAR EN LECCIONES Y ENSAYOS

### REQUISITOS DE PUBLICACIÓN

- Trabajo INÉDITO
- Hoja: A4
- Tipografía: Times New Roman 12
- Incluir un resumen del trabajo (*abstract*) y palabras clave en castellano y en inglés.
- Citas bibliográficas y bibliografía utilizada. Las citas deben ser incluidas en nota al pie de la siguiente manera:
  - a. Para citar libros: apellido y nombre de autor, nombre del libro, editorial, lugar de publicación, año, página/s.
  - b. Para citar artículos: apellido y nombre del autor, ‘título del artículo’, nombre del compilador o editor, nombre del libro o revista, volumen/tomo/número, editorial, lugar de publicación, fecha, página/s.
- El trabajo debe firmarse bajo seudónimo
- La presentación puede realizarse vía correo electrónico. En tal caso, deberán enviarse dos archivos a [lye@derecho.uba.ar](mailto:lye@derecho.uba.ar): uno conteniendo los datos personales del autor y el seudónimo utilizado; el otro conteniendo el trabajo. Asunto: ‘Publicación’.
- Los trabajos también pueden ser entregados en sobre cerrado dirigido a Lecciones y Ensayos, en la Mesa de Entradas o en el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cita en Av. Figueroa Alcorta 2263, C1425CKB, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En tal caso, el autor debe incluir tres copias en papel y una en CD (en formato Word o similar). En sobre aparte debe indicar los datos del autor (nombre, apellido, dirección, teléfono y dirección de correo electrónico, indicando si el autor o autora es estudiante, abogado/a, año en que se recibió y si tiene algún cargo docente)

#### PAUTAS DE PUBLICACIÓN:

Los trabajos serán sujetos al sistema de referato. En consecuencia, serán puestos a consideración del Consejo de Redacción de la revista *Lecciones y Ensayos*.

Los trabajos publicables tendrán por objeto contribuir al conocimiento y estudio del Derecho, la traducción y el lenguaje, como así también cumplir la función académica que nos caracteriza.

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 PARTICIPAR

Si querés participar en *Lecciones y Ensayos* podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20 h, 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 (5411) 4809-5667 los jueves a partir de las 20 h o enviándonos un email a [lye@derecho.uba.ar](mailto:lye@derecho.uba.ar).

**El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es:**

- Ser alumno regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.