

PENSAR EN DERECHO

 *Ceudeba*



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN **DERECHO**

NRO. 1 AÑO 1

Comité editorial

Juan Pablo Alonso
Gabriela Antonelli Michudis
Lucas E. Barreiros
Mariano H. Borinsky
Emiliano J. Buis
Marisa Herrera
Luciana Beatriz Scotti

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum

Comité Académico

Susana Albanese
Susana Cayuso
Raúl Etcheverry
Fernando García Pullés
Carlos Gherzi
Adrián Goldin
Martín Krause
Delia Lipszyc
Luis Niño
Renato Rabbi Baldi



Eudeba
Universidad de Buenos Aires

1º edición: diciembre de 2012

© 2012 Eudeba
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0194



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decana: *Dra. Mónica Pinto*

Vicedecano: *Dr. Alberto J. Bueres*

Consejo Directivo

Claustro de profesores

Consejeros titulares

Prof. Alberto Bueres
Prof. Beatriz S. Krom
Prof. Jorge L. Kielmanovich
Prof. Mario E. Ackerman
Prof. Marcelo Gebhardt
Prof. Mary A. Beloff
Prof. Luis M. Genovesi
Prof. Darío F. Richarte

Consejeros suplentes

Prof. Enrique Zuleta Puceiro
Prof. Esteban Centanaro
Prof. Alfredo E. Soto
Prof. Diego E. Chami
Prof. Eduardo Barbarosch
Prof. Marcelo E. Haissiner
Prof. Jorge Berbere Delgado

Claustro de graduados

Consejeros titulares

Ab. Leandro Ernesto Halperin
Ab. Marialma Gabriela Berrino
Ab. Pablo Andrés Yannibelli
Ab. Sebastián Alejandro Rey

Consejeros suplentes

Ab. Sergio Javier Gargiulo
Ab. Marcela A. Hernández
Ab. Aldo Claudio Gallotti
Ab. Lisandro Mariano Teszkiewicz

Claustro de estudiantes

Consejeros titulares

Tomás González Vera
Luciana Gallardo
Lucas Lagos
Julián Hofele

Consejeros suplentes

Diego Cortese
Leandro Mutchinick
Carlos Plaza
Camilo Alejandro López

Secretarios

Secretaría Académica: *Dra. Silvia C. Nonna*
Secretario de Hacienda y Administración General: *Mag. Alejandro Gómez*
Secretario de Investigación: *Dr. Marcelo Alegre*
Secretario de Extensión Universitaria: *Ab. Carlos A. Bedini*

Subsecretarios

Subsecretario Académico: *Ab. Sergio Brodsky*
Subsecretaria de Relaciones Internacionales e Institucionales: *Mag. Isabel Sábato*
Subsecretario de Vinculación Ciudadana: *Ab. Nicolás de La Cruz García*

Índice

¿Quién custodia a los custodios?.....	9
<i>Enrique Zuleta Puceiro</i>	
Separación de poderes y facultades legislativas del presidente	43
<i>José Miguel Onaindia</i>	
Recusaciones estatales masivas, justicia constitucional y sistema democrático	59
<i>Andrés Gil Domínguez</i>	
Salus populi: Estado de excepción o razón de Estado en la salvación de la comunidad	67
<i>Omar Darío Heffes</i>	
La Presidencia en la Argentina a través de los discursos de apertura de la Asamblea Legislativa, 1983-2011.....	91
<i>Jorge O. Bercholz y Diego J. Bercholz</i>	
El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional	121
<i>Patricio Alejandro Maraniello</i>	
ΑΓΩΝ - AGÓN	167
Dolo como reproche	169
<i>Gabriel Pérez Barberá</i>	
Dolo y evitabilidad individual	213
<i>Fernando Córdoba</i>	
Confiscación sobre el producto indirecto del delito en el sistema de prevención del lavado de activos	227
<i>Leandro Tadeo Fernández</i>	

El Mercosur necesita su Maastricht	247
<i>Santiago Deluca</i>	
El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas	267
<i>Luciana B. Scotti</i>	
La ciudadela de la moral en la corte de los juristas	291
<i>José Juan Moreso</i>	
Entrevista al Prof. Dr. José Juan Moreso	307
<i>Juan Pablo Alonso</i>	
Elogio académico al Prof. Giuseppe de Vergottini.....	313
<i>Alberto Ricardo Dalla Vía</i>	
Clase magistral del Doctor Honoris Causa de la UBA: Profesor Giuseppe de Vergottini	319
La caja negra del derecho en el almacén de tesis. Reseña de <i>La Corte Suprema en escena</i> , de Leticia Barrera (Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2012)	337
<i>Claudio Martyniuk</i>	

¿Quién custodia a los custodios?

*Enrique Zuleta Puceiro**

¿Quién Custodia a los custodios? O bien en la expresión clásica *¿Quis custodiet ipsos custodes?*: El aforismo alude a un tópico central en la literatura política, sobre todo anglosajona. ¿Quién controla a los que, se presume, regulan y controlan las decisiones finales del poder? ¿Quién controla a aquellos que, incluso por sobre la autoridad democrática de las leyes, deben velar por su conformidad con principios y reglas supra legales que las trascienden?

La pregunta es tan antigua como la propia idea de derecho en Occidente. Proviene de una sátira del poeta Juvenal, escrita hacia el año 100 d.C. que muestra un retrato descarnado, de una misoginia brutal, de la vida cotidiana y costumbres íntimas de las mujeres romanas. Es el caso típico de una referencia literaria, ajena por completo a la política, que sin embargo describe una parábola evolutiva de siglos, hasta transfigurarse y alcanzar el lugar de un principio central en la tradición filosófico-política occidental.¹

* Doctor en Derecho, Universidad Complutense, España. Profesor Regular Titular de Teoría General y Filosofía del Derecho, Profesor Titular de Sociología del Derecho, Profesor de la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas y Director de la Carrera de Especialización en Sociología del Derecho y de las Instituciones, Facultad de Derecho, UBA. Profesor Titular de Ética. Facultad de Derecho, UB. Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universidad J. F. Kennedy. Profesor del Posgrado en Opinión Pública y Medios de Comunicación, FLACSO.

1. SHAPIRO, M.: *Who guards the guardians?. Judicial control of Administration*. Athens: The University of Georgia Press, 1988, con una perspectiva sugestiva de las implicancias de la cuestión desde el punto de vista de la reflexión filosófico-política, ética y la dogmática del derecho público. La “custodia de los custodios” fue un tema de debate central en el constitucionalismo europeo del siglo XIX, sobre todo en las posiciones del liberalismo doctrinario francés.

La pregunta cobra sobre todo un significado especial en la medida en que representa uno de los nudos centrales de la problemática actual del Constitucionalismo: la cuestión de la legitimidad del control judicial de constitucionalidad de las leyes y los actos de la Administración en el contexto de las sociedades democráticas actuales.

¿Quién garantiza, en efecto, la constitucionalidad del control de constitucionalidad? ¿Quién guarda a los guardianes, es decir, a los jueces de la Constitución? ¿Cómo aceptar que un núcleo selecto de jueces, tributarios de una tradición de autonomía social e independencia política, formados en el culto ritual a principios, tradiciones, solemnidades y compromisos sectoriales y aun familiares, que son elegidos a través de procedimientos no democráticos puedan llegar a erigirse en guardianes de la Constitución y de las declaraciones abstractas de derechos y garantías, por sobre la autoridad de la voluntad popular?

La dificultad central deriva de la necesidad de reinterpretar estos interrogantes a la luz de la teoría y las prácticas constitucionales actuales. El problema es, ayer y hoy, garantizar el equilibrio reflexivo entre principios en conflicto, tales como la supremacía de la Constitución, la soberanía popular, la división de poderes y las relaciones siempre cambiantes entre justicia y política.

¿Cómo procesar, en efecto, en el contexto de democracias fragmentadas, inestables y en transición, los problemas que plantea lo que A. Bickel ha denominado “la dificultad contra mayoritaria”? Es decir, el hecho de que funcionarios elegidos a través de procedimientos por completo diferentes a los cánones de la democracia representativa pretendan el monopolio de la resolución del conflicto que se plantea entre las *leyes*, consideradas entendidas como expresiones directas de la voluntad general, legitimadas a través de los procedimientos legislativos, centrales de la vida democrática y los principios y reglas supremas de la *Constitución*, expresadas a través de un tipo particular de normas, por lo general las más generales y acaso por ello más indeterminadas del ordenamiento jurídico.² El problema no queda por

2. BICKEL, A.M.: *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of politics*. N. Haven: Yale University Press, 2a ed., 1986, págs 16-23. La dificultad reside en el hecho de que “cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo o la acción de un miembro elector del ejecutivo, frustra (*thwarts*) la voluntad de representantes del pueblo actual del aquí y ahora: ejerce un control, no en nombre de la mayoría

cierto reducido a un problema de técnicas interpretativas en conflicto. Se profundiza sobre todo a partir de la pretensión de los jueces de que el criterio supremo –la Constitución– deje de ser una realidad objetiva y autónoma y pase a ser, precisamente, lo que los jueces dicen que es, en el ejercicio aquí y ahora de su poder jurisdiccional.³

La dificultad se acrecienta cuando los jueces y magistrados son elegidos mediante procedimientos que rompen con procedimientos constitucionales consolidados, desplazados por métodos y criterios nuevos, cada vez más politizados, con una intervención determinante de órganos de naturaleza y procedimientos también políticos –como es el caso de los consejos de la magistratura de la tradición parlamentaria europea o sus equivalentes en los regímenes de tradición presidencialista–, sobre todo en contextos de agitación y debate social y político creciente.⁴

En la medida en que los jueces declaran su vocación de asumir la resolución directa de problemas sociales y apuntan a prevenir la litigiosidad interviniendo de modo proactivo en situaciones potencialmente conflictivas, incursionan en terrenos propios del Poder Legislativo.⁵ A la vez que

prevaliente. Sino en contra de ella. Eso es lo que, más allá de connotaciones místicas, ocurre” (...) “es la razón de el cargo de antidemocrático que puede formularse al control judicial de constitucionalidad”.

3. En la expresión del Chief Justice Charles Evans Hughes, “*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*”: cfr. sus *Adresses of Charles Evans Hughes*. N. York: Putnam, 1916, pág. 185.

4. Los análisis comparados sugiere que la intersección entre justicia y política, hasta no hace mucho uno de los rasgos característicos del sistema americano, es un tema central en la agenda global. Para un análisis general del proceso, cfr. JACOB, H, BLANKENBURG, E., KRITZER, H.M.N PROVINE, D.M. Y SANDERS, JU. (EDS.): *Courts, law and politics in comparative perspective*. N. Haven: Yale University Press, 1996, espec. La *Introducción* a cargo de H. Jacob, págs. 1-15. No existe un paradigma aceptado que regule vinculaciones cada vez más complejas y problemáticas. Un cuadro descriptivo en SHAPIRO, M: *Courts: A comparative and political analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1981.

5. “La justicia está llamada a encabezar el discurso público contra la crisis” –proclama el documento firmado por los 47 jueces decanos de España en su manifiesto contra el régimen de ejecuciones hipotecarias español–. “Es preciso ser actores proactivos del cambio y no meros espectadores pasivos y vencidos en un estado insatisfactorio de cosas” –expresa el documento firmado en respuesta al rechazo emanado del Consejo General del Poder

pretenden un control de la legislación a la luz de valores constitucionales, promueven iniciativas propias sobre campos tales como seguridad ciudadana, la protección social o la definición de nuevos estándares de equidad social. Participan así de la distribución de bienes y servicios sociales y aspiran sobre todo a asumir la condición de un “poder” de la Constitución, asumiendo iniciativas, competencias y atribuciones que conllevan cuotas crecientes de responsabilidad política que conllevan a su vez exigencias inéditas de *accountability*, presiones políticas y sobre todo costos también específicamente políticos.

Si bien el control judicial de las leyes tal cual hoy se lo conoce nació de un modo gradual y difuso en la práctica jurisprudencial de las jóvenes colonias norteamericanas hace ya más de dos siglos y cobro entidad constitucional en la creación pretoriana de la Corte, a través de la genial invención institucional del juez Marshall en el mítico caso *Marbury vs Madison*, su expansión global es más bien reciente.

En los últimos ochenta años, el control judicial de constitucionalidad ha protagonizado, en efecto, una verdadera revolución institucional, política y cultural. Las razones de esta expansión tienen mucho que ver con la evolución de la realidad y la teoría de la democracia en las sociedades actuales. Las cortes constitucionales –indica P. Rosanvallon– tienen por función enmarcar la producción legislativa a la que someten a una reforzada obligación de generalidad con relación a la expresión mayoritaria. Su legitimidad está vinculada al carácter reflexivo de su intervención. El resultado de la tarea de control incide de modo muy decisivo en la realidad que se controla. De un modo creciente, tanto la tarea legislativa como la administración tienen en vista la perspectiva permanente del control judicial de sus procedimientos y resultados. El control judicial se refleja en la propia realidad que controla. La consolidación de los tribunales constitucionales produce efectos sustanciales, tanto en los conceptos como en las prácticas institucionales. Con las nuevas perspectivas del control, cambian así el concepto de ley, de administración y hasta incluso la propia noción de “Constitución”.

El nuevo papel de los tribunales constitucionales introduce un punto de inflexión considerable en las condiciones de la producción normativa y

Judicial, ante el informe sobre el funcionamiento de diversos aspectos del poder judicial ante la crisis económica—. Ver Diario el País, 11 de nov. 2012, págs. 14 y 15.

del ejercicio del Poder Ejecutivo, tal como habían sido concebidas en la teoría democrática acuñada por las revoluciones norteamericana y francesa.⁶

En este sentido, el poder creciente de los tribunales constitucionales ha comenzado a revolucionar el repertorio clásico de cuestiones del debate democrático. Ausentes en la conceptualización de los pensadores de la democracia moderna e incluso en la letra de las constituciones originarias, las Cortes adquieren un nuevo papel central, aunque tardan todavía en encontrar un lugar definitivo en el orden democrático actual.

El problema surge de una cierta inercia de los modelos e ideas recibidas. Durante más de dos siglos, la reflexión sobre la democracia estuvo estancada en una actitud defensiva, focalizada en la atención de problemas básicos tales como la definición de las reglas y las instituciones constitutivas de un régimen de soberanía popular –es decir, la distribución de poderes, las modalidades de la representación y participación ciudadana–. Será recién con la “tercera ola” de los procesos de democratización,⁷ superada las

6. ROSANVALLON, P.: *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Buenos Aires: Manantial, 2009, págs. 32-34 y sobre todo, 201-224. “Conviene recordar que la experiencia revolucionaria francesa se planteó la cuestión de la legitimidad democrática del poder jurisdiccional a través del principio electivo, cuya primacía se fundaba en razones no solamente instrumentales. En la filosofía de la Revolución, la elección operaba como un procedimiento de legitimación del poder, una forma de expresión de confianza, un sistema de nominación, una herramienta de control y, sobre todo, una instancia de participación, de comunión del cuerpo electoral. Un autentico sacramento de igualación” (Rosanvallon). La ilusión duró lo que la mayor parte de las instituciones revolucionarias y la elección popular de los magistrados fue suprimida desde el comienzo mismo de la experiencia napoleónica. El método del sufragio universal permanecerá como una propuesta del liberalismo y será repuesto recién en 1883 aunque sin implementación práctica alguna. En Estados Unidos, en cambio, el entusiasmo inicial de los Estados en el principio electivo, sobre todo en la Era Jacksoniana (1830-1837) fue paulatinamente cediendo ante los vicios del electoralismo y el faccionalismo partidista. El sistema se mantiene en el nivel estadual, aunque con sucesivas modificaciones que lo aproximan al patrón de elecciones no competitivas con diferencias importantes respecto de las elecciones políticas.

7. Sobre el concepto de “tercera ola” de democratización cfr. entre una amplia literatura comparativa, LIPSET, S.M. y LAKIN, J.M.: *The democratic century*. Norman: University of Oklahoma Press, 2004, págs. 3-18 y 169 y ss; HUNTINGTON, S.P.: “The future of the Third Wave”, en PLATTNER, M.F. y ESPADA, J.C. (Eds.): *The democratic invention*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2000, págs. 3-12. En general, HUNTING-

fases defensivas de la democracia, que el control de constitucionalidad adquirirá su dinámica expansiva actual.

La presencia de las cortes constitucionales y el ejercicio de su tarea de control constitucional alteran de un modo creciente este equilibrio inercial. Su influencia se potencia por la presencia institucional y política de nuevos actores, como las autoridades independientes y, sobre todo, por la presión externa del clima propio de una democracia “de proximidad” y participación directa de los ciudadanos. Las estructuras tradicionales del Estado de Derecho experimentan así una sobrecarga de expectativas y demandas sociales y políticas crecientes, que pugnan por expresarse. En este nuevo contexto, las sociedades democráticas encuentran en el control judicial de constitucionalidad una vía renovada de expresión y participación política.

En un tiempo de declinación de las ideologías fundamentales, el debate sobre el control constitucional atrae sobre sí la mayor parte de las reflexiones acerca del papel de los valores en el derecho. La discusión acerca de la constitucionalidad de las leyes recoge la mayor parte de los contenidos del debate en torno a la justicia de las leyes y los actos del poder.⁸

Las áreas de fricción entre justicia y política tienden a multiplicarse. Por un lado, la relativa al diseño e implementación de políticas públicas, que comprende tanto la ruptura con políticas preexistentes como la propuesta de innovaciones que desafían los valores y estándares institucionales vigentes. Por otro lado, el ámbito tradicional del control social, en la medida en que las demandas sociales crecientes desafían las capacidades instaladas de respuesta del orden institucional. Los ciudadanos reclaman innovación y cambios acelerados y urgentes, en tanto que el orden establecido procura estabilizar y administrar esas expectativas. Por otro, la cuestión no menos fundamental de la construcción de

TON, S.P.: *The Third Wave. Democratization in the late Twentieth Century*. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

8. Para un análisis del *judicial review* como ámbito para el planteamiento acerca de la “justicia” de las leyes, ver con mayor detalle EDLIN, D.E.: *Judges and unjust laws. Common Law constitutionalism and the foundations of judicial review*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2010, págs. 1-21 y 192-197. Sobre el problema en un contexto de pluralismo de valores constitucionales, RIMOLI, F.: *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999, con una reflexión profunda acerca del papel de los “guardianes” del contenido valorativo de la Constitución en contextos de conflicto socio-cultural (cap. I).

confianza hacia las instituciones, en un tiempo en que las respuestas del Estado tropiezan con las barreras de comprensión y lealtad de los ciudadanos. En todos estos ámbitos, se reclama a la justicia respuestas que tanto la legislación como la administración y la política tardan en implementar.

Podría decirse que el control de constitucionalidad es el núcleo duro del Constitucionalismo contemporáneo y de la propia idea del *Rule of Law*, tal como hoy se la concibe.⁹ En el plano científico, una extraordinaria producción doctrinal ha convertido al *judicial review* americano en la piedra fundamental del constitucionalismo global de nuestros días. Un balance provisorio de la situación científica y cultural del derecho y sus relaciones con la política sugiere que no hay ningún otro tema de pareja importancia en el debate público sobre el presente y futuro de la república constitucional.

El crecimiento del control judicial de constitucionalidad, en efecto, exponencial. Hasta la 2da. Posguerra Mundial, el modelo de la *constitutional review* americana se limitaba a un conjunto mínimo de países, situados en general dentro de la tradición constitucional americana. Sin embargo, un estudio comparativo reciente situaba hacia el año 2008 en 158 las constituciones que, sobre un total de 191 constituciones estudiadas, contenían prescripciones formales referidas al control de constitucionalidad. Un total de 79 constituciones escritas instituían a su vez cortes o consejos constitucionales, al tiempo que 60 contenían reglas explícitas de control de constitucionalidad a cargo de tribunales ordinarios o cortes supremas. Una lista menor de países, como China, Vietnam o Burma consagraban a su vez sistemas de control basados en el Poder Legislativo.¹⁰

9. Para una visión de conjunto de las transformaciones de la idea de de *Rule of Law* y su incidencia en el cambio de perspectivas acerca de la división de poderes, cfr los ensayos contenidos en BELLAMY, R. (Ed.): *The Rule of Law and the separation of powers*. Aldershot : Ashgate/ Dartmouth, 2005.

10. Cfr. GINSBURG, T.: "The global spread of constitutional review", en Whittington, K.E., KELEMEN, R.D. y CALDEIRA, G.A.: *The Oxford Handbook of Law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008, págs. 80-98. La referencia se extrae de la base de datos del *University of Illinois Comparative Constitutions Project* (<http://netfiles.uiuc.edu/zelkins/constitutions>). Un cuadro de conjunto de los sistemas comparados en la actualidad en GONZÁLEZ RIVAS, J.J.: *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 y SAGÜÉS, N.P.: *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*. México: Porrúa, 2004, págs. 42-57. Para el caso europeo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,

La expansión universal del control de constitucionalidad ha impulsado incluso una redefinición del propio concepto de “constitución” y de una de sus construcciones doctrinales centrales: la teoría de la división de poderes, tal como fue entendida por la tradición del republicanismo constitucional.

La jurisprudencia constitucional deviene así la gran filosofía política de nuestro tiempo. Lo que R. Dworkin ha denominado el “Foro de los Principios” es el hoy el epicentro de un debate público de características inéditas. No hay ninguna otra instancia de la vida contemporánea, donde la democracia alcance parejo nivel de intensidad en la actividad deliberativa y la búsqueda de nuevos puntos de vista. La sociedad delega así a los jueces un papel central en este foro ideal. Jueces, profesores, abogados y juristas pasan a ser actores centrales de una deliberación abierta en torno a los grandes principios y valores de la vida colectiva.

Una primera impresión que sugiere una revisión crítica en torno al problema es la de que gran parte de los debates en torno al control de constitucionalidad parten de cierta autolimitación de los enfoques predominantes, derivada acaso de razones que tienen que ver más con la política que con razones propiamente científicas.

Los problemas de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad suelen enfocarse en general desde la perspectiva casi exclusiva de la teoría y la práctica de la división de poderes. Se discute así si las nuevas dimensiones del control judicial refuerzan o debilitan la vigencia de una cierta versión de la división de poderes, propia de las etapas más bien fundacionales de la democracia constitucional. Este enfoque, claramente defensivo, deja de lado campos muy importantes, que en otros tiempos fueron incluso centrales en el debate sobre el control de constitucionalidad. A su vez, este recorte en la perspectiva del análisis empobrece las posibilidades de respuestas eficientes e innovadoras a los nuevos problemas del control. La autolimitación del debate en el campo del derecho constitucional refleja propósitos más bien ideológicos. Tienden a primar posiciones de interés de interés, que tienen mucho más que ver con la disputas por los nuevos espa-

J.J.: *La Justicia constitucional europea ante el Siglo XXI*. Madrid: Tecnos, 2002 y ACOSTA SANCHEZ, J.: *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.

cios que se abren tras la declinación del Estado y la política tradicional que con avances innovadores en la reflexión científica.

Cabe apuntar que este sesgo defensivo de la teoría constitucional no es exclusivo de la época actual. Algo de esto ocurrió ya en circunstancias históricas diferentes, en etapas anteriores en la evolución del Estado de Derecho y la teoría del constitucionalismo. Uno de los problemas recurrentes de la legitimación democrática de las instituciones judiciales ha sido la dificultad para distinguir entre el mecanismo propio de las elecciones politizadas orientadas a constituir los cuerpos deliberativos, inevitablemente conmovidas por las disputas entre partidos y las elecciones constituyentes –o “elecciones de confianza”– a través de las cuales se adoptan las decisiones propias del funcionamiento de dichas instituciones. La lógica confrontativa propia del primer tipo de elecciones, interfiere, desestabiliza y perturba la lógica propia de las segundas. Una cosa es la democracia como sistema de decisión electoral y distribución de poder y otra la democracia como sistema social. La pretensión de aplicar a los problemas de gestión de la democracia los criterios de la regla de la mayoría está a la base de muchos de los problemas que disparan reacciones defensivas como las expuestas.

El hecho básico a analizar es el de que, cuando los jueces controlan la constitucionalidad de las leyes o los actos del poder, cualquiera sea su naturaleza, ejercen algo mucho más importante que un control de coherencia o correspondencia de los actos del poder con los valores, principios, estándares y reglas de la Constitución. Lo que en realidad hacen es ejercer un control “de valores” que incide en las propias señas de identidad del sistema político. Los jueces no intervienen y disputan con el poder no solamente porque pretenden un “reconocimiento” social y político como poder del Estado. En el fondo, buscan redefinir los códigos y las claves de acceso al sistema. Avanzan sobre los territorios del poder más bien en función de una estrategia defensiva que, en algunas culturas políticas, alcanza incluso ciertos rasgos paranoicos. Lo que impulsa a los jueces es un reflejo defensivo inspirado por un temor a lo desconocido. Reaccionan ante un proceso de rasgos inciertos y final imprevisible. Recelan de las consecuencias de un avance no garantizado de los procesos de democratización, que plantea un riesgo cierto para los supuestos clásicos de la teoría política de la república representativa. Temen, sobre todo, a las amenazas que ello supone para el lugar de privilegio que hasta ahora ha ocupado la magistratura, concebida tradicionalmente como el poder más débil o por lo menos amenazante para

el equilibrio postulado por la tradición republicana –*the least dangerous branch of power*.

Al controlar la constitucionalidad de los actos del poder –sean éstos legislativos, administrativos o gubernativos–, más que protagonizar una lucha por la primacía política o por poner una barrera a los poderes políticos, los jueces procuran de hecho “implementar” la Constitución, aunque en un sentido defensivo que recorta las posibilidades de una función más activa y genuinamente innovadora. Tratan de concretar y circunstanciar los valores de la Constitución, consolidarlos y convertirlos en reglas operativas efectivas, en el contexto histórico y social de sociedades sometidas a cambios exponenciales.

Al ejercer este control de la constitucionalidad del derecho, los jueces asumen una perspectiva de creación normativa, tratan de institucionalizar a través de sus precedentes un deber ser que procuran infundir e incorporar a las instituciones vigentes. Para ello, los jueces adoptan puntos de vista estimativos y perspectivas ideológicas, en el sentido propiamente político de la expresión.

En su pretensión de controlar la constitucionalidad de las leyes y de los actos del poder, el juez deviene filósofo del derecho, teórico político.¹¹ Juzga las decisiones bajo su control desde una perspectiva teórica y valorativa, que busca actualizar la valoración que se tuvo originariamente en cuenta en la decisión que se juzga. Trata de infundirle un nuevo sentido valorativo y procura imponerlo a las partes y a la comunidad jurídica en su conjunto.

Su herramienta para ello es la motivación de sus sentencias y los instrumentos de que se vale son las técnicas de la interpretación. Textualismo, finalismo, consecuencialismo, en sus diversas variantes no son así otra cosa que herramientas argumentativas, destinadas a imponer una perspectiva valorativa propia, desde la cual aspiran a filtrar, transformar, adaptar la

11. Un análisis general del problema en ROBERTSON, D.: *The judge as a political theorist. Contemporary constitutional review*. Princeton: Princeton University Press, 2010. Un tratamiento de conjunto en DWORKIN, R.: *Justice for hedhogs*. Cambridge: The Nelknap Press of Harvard University Press, 2011, caps. 6-8. Asimismo, EISGRUBER, C.L.: “Should constitutional judges be philosophers” y FLEMING, J.E.: “The place of history and philosophy in the moral reading of American Constitution”, ambos en HERSHON-VITZ, S. (Ed.): *Exploring Law’s Empire. The jurisprudence of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2006, págs. 5-22 y 23-39 respectivamente.

decisión legislativa que interpretan y controlan a la filosofía política que subjetivamente sustentan, a la propia opción estimativa, a la idea y a la visión que tienen del ordenamiento jurídico y de los principios que sostienen como fundamentales.

Al controlar la constitucionalidad, el juez filtra los valores de la decisión objeto del control a través del tamiz de su propio esquema valorativo y de su propia y particular lectura ideológica de la Constitución. En los sistemas de control difuso, la operación cobra matices distintos según sea el nivel de trate. En los jueces de primera instancia, será sólo una batalla provisoria, con mucho de testimonial. En las Cortes será, en cambio, una batalla casi final entre concepciones absolutas.

1. Los términos del problema

Conviene aclarar ante todo qué se entiende por control de constitucionalidad. En una primera acepción, cabría entender por tal un proceso a través del cual una institución –usualmente denominada corte o *tribunal constitucional*–, ostenta un título de autoridad conferido por la Constitución para decidir si las leyes o decretos dictados por las instituciones constitucionalmente encargadas de la función legislativa o ejecutiva, son válidas, en los términos postulados y definidos por la Constitución.

Se trata de un proceso reflexivo, a través del cual, el ordenamiento jurídico somete todas sus decisiones al tamiz o al filtro de un conjunto de valores, tradiciones interpretativas, estándares o directivas en función de lo cual valida el sentido de las decisiones adoptadas en sede legislativa o gubernativa. Este proceso de validación refluye a su vez sobre el sistema político y lo transforma. Se legisla y se decide bajo la perspectiva de la existencia de un control permanente de constitucionalidad, a cargo de los guardianes de la Constitución. La posible “constitucionalidad” o “inconstitucionalidad” de las fórmulas legislativas en discusión pasa a ser un punto de vista nuevo, inexcusable en el debate público.

El juicio de constitucionalidad –subraya Ferrer Comellas– es un *juicio de contraste*, entre otros muchos de los que se presentan en el razonamiento deliberativo acerca de las instituciones, cuya peculiaridad específica reside en el hecho de que se confrontan dos textos muy diferentes entre sí. Por un lado, el texto constitucional, cuyas disposiciones presentan uno de los mayores grados de indeterminación que cabe encontrar en el lenguaje del

derecho. Por otro, el texto de la legislación, cuya pretensión de superioridad proviene de la presunción de supremacía, dignidad y legitimidad que le otorga el procedimiento parlamentario que lo produce.

En el principio, destacan los problemas propios de los textos constitucionales. La regla constitucional presenta, en efecto, el nivel de indeterminación propio de los textos políticos. La cláusula constitucional es más un programa o una proclama que una norma en el sentido clásico. La ambigüedad y la vaguedad, tanto semántica como sintáctica, se potencian por la presencia de lo que J. Waldron llama “conceptos esencialmente controvertidos”. Es decir conceptos que expresan un criterio normativo que provoca y convoca a la natural discrepancia entre los operadores jurídicos a propósito de los criterios interpretativos. Los principios y reglas constitucionales suscitan por su propia naturaleza discrepancias profundas porque su propio carácter controvertido hace a la esencia del concepto. Es parte de su significado. Se utilizan precisamente para garantizar la existencia del debate. Hablar de democracia, igualdad, libertad, razonabilidad, moral, orden público equivale casi a convocar a la discrepancia, a la confrontación y a la ponderación entre visiones enfrentadas.

Por su parte, los textos legislativos reclaman para sí un reconocimiento ilimitado de legitimidad. Para algunos, incluso una verdadera presunción de legitimidad, derivada del procedimiento democrático que los produce. La ley es la expresión de la voluntad general. Se presume por tanto su racionalidad, su generalidad, su carácter de igual para todos. Concentra la fuerza de ideas profundas como democracia, deliberación colectiva, igualdad, decisión mayoritaria, utilidad pública, bien común. Toda la carga tradicional de la idea de la “racionalidad del legislador” reviste al principio de supremacía de la ley de una fuerza argumentativa que desplaza toda posibilidad de control a cargo de un poder como el de los jueces, contra mayoritario en su origen y pretensiones de legitimidad.¹²

Cabe hablar en consecuencia de un conflicto entre, por un lado, la interpretación que un tribunal efectúa de la esencial indeterminación de una norma constitucional y, por otro, de la pretensión de leyes o actos adminis-

12. Un repertorio actualizado de razones y argumentaciones de esta posición, en la síntesis de LLINARES, S.: *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, cap. 3.

trativos o gubernativos emanados de autoridades que se pretenden investidas de la legitimidad propia de los procedimientos democráticos, o bien de las situaciones de emergencia en la que están en juego los fundamentos del propio orden democrático. Este juicio de contraste, esta ponderación entre normativas en conflicto se efectúa mediante la utilización de herramientas esencialmente controversiales como son las teorías interpretativas.

Este proceso es especialmente crucial y crítico en las sociedades modernas, en la medida en que son sociedades secularizadas, en las que, si existe un principio, el principio fundamental más allá de toda discusión es más bien el de que no hay tales “principios fundamentales”. Sociedades en las que declinan las fuentes de autoridad y tienden a disolverse todos los grandes consensos y paradigmas de la acción social. En las que todo depende de una serie de principios, estándares y criterios articulados en una red de consensos “débiles”, de segundo grado. La revisión constitucional podría así asimilarse a un proceso de filtrado de las decisiones institucionales a cargo del juez, con el auxilio de toda una red de principios y valores del constitucionalismo, entendidos desde la interpretación subjetiva del “guardián” de los valores constitucionales.

Esta función arquitectónica del control de constitucionalidad, cuya naturaleza política es necesario subrayar, se ejerce en dos ámbitos fundamentales:

El primero es el de la *definición estructural* del sistema político. *Marbury vs. Madison* forma parte de este primer tipo de control constitucional. Es el control referido a la estructuras del poder: la división de poderes, la relación entre el legislativo y el ejecutivo, la dinámica del federalismo, las batallas por la representación, la apertura del sistema político y los nuevos procesos de inclusión institucional.

El segundo ámbito es el de la *interpretación de los derechos*. Es el campo donde se debaten temas centrales relativos al control de las libertades y sus límites, las cartas de derechos, el conflicto y la ponderación entre principios constitucionales en tensión.

En ambos casos, el control de constitucionalidad implica una actuación de la justicia “fuera de rol”. Al controlar el contenido de valores, la necesidad, la oportunidad o las consecuencias socio-económicas de las leyes, la justicia legisla y gobierna, desbordando muchas veces el horizonte de sus capacidades y posibilidades. Estima, decide, implementa, determina. Innova en el orden establecido. Controla y, a la vez, trata de situarse en un plano de supremacía que exima a sus decisiones de cualquier tipo de control ulterior.

Su función es en este sentido política y sus argumentos son también argumentos políticos, aunque su pretensión sea la de revestir a sus decisiones de un carácter que trascienda el control y los costos de la política.

Sin embargo, es natural que, bajo tales condiciones, la sociedad exija a los jueces, de un modo cada vez más perentorio, responsabilidades también políticas. Una de las causas principales del cuestionamiento social creciente a la justicia es precisamente la reacción ante su pretensión de legislar y gobernar desde una posición no solo carente de títulos democráticos aceptables desde la perspectiva del ciudadano medio, sino sobre todo imbuida de propósitos casi salvacionales, exentos del tipo de controles que se entrecruzan en el imaginario político de las democracias actuales.¹³

A medida que la democracia *política* se fragmenta y pierde capacidad de representación y contención de la democracia *social*, las presiones sobre el sistema de control de constitucionalidad tienden a acrecentarse. La política impacta sobre los mecanismos de control y particularmente sobre las cortes constitucionales, en cuanto instancias supremas de dicho control. Ello pone a prueba ese delicado mecanismo de legitimidades superpuestas y compartidas. Prestigio, reputación, excelencia, ecuanimidad, autoridad técnica, respeto y *self-restraint* operan como dimensiones complementarios de un mismo sistema de equilibrio reflexivo en el que se funda la legitimidad social del control judicial de constitucionalidad.

2. La actualidad del control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad de las leyes es el resultado de una evolución rápida –apenas algo más de doscientos años– y reconoce en su evolución tres momentos fundamentales.¹⁴

13. Refiriéndose a las evidencias sociológicas acerca de la declinación de la confianza que los norteamericanos depositan en su Corte Suprema, observa P. Rosanvallon que la misma “no obedece al hecho de que se trate de un ‘cuerpo aristocrático’: deriva solamente de la sensación de que la institución está en proceso de volverse menos objetiva, más partidaria, y que sus integrantes tienden a perseguir finalidades de naturaleza ideológica”. Cfr. ROSANVALLON, P.: “El gobierno de los jueces”, en 200 Claves de Razón Práctica (marzo 2010), pág. 22.

14. Tres *ondas*, en la expresión de GINSBURG, T: *Op.Cit.* , págs. 82-88.

a) Una primera etapa proviene de la tradición de las colonias americanas y de un complejo cultural que integraba tradiciones muy diversas, que incluían el iusnaturalismo clásico, sus posteriores variantes racionalistas y la tradición del *common law* y la *Ancient Constitution* inglesa. La idea central inspiradora de esta tradición fundamental es la de un sistema normativo que reconoce dos niveles de reglas: un derecho superior o *higher law*, constituido por principios y leyes superiores y un nivel inferior o *lower law*, constituido a su vez por las leyes, precedentes jurisprudenciales, costumbres y prácticas interpretativas.¹⁵

Junto a esta idea fundamental heredada de la tradición del derecho natural, existe otra idea igualmente central: la de la sociedad como un contrato que combina los deberes del gobierno con los derechos de los ciudadanos, a través de una forma de asociación.

La existencia de una Constitución escrita viene a completar el substrato de ideas sobre las que reposa una primera versión del control de constitucionalidad de las leyes.¹⁶

No es de extrañar que hasta la II Guerra Mundial, la institución del control judicial de la constitucionalidad de las leyes no se planteara más que en países que heredaban la tradición presidencialista, federal y del *common law* –Estados Unidos, Canadá, Australia y algunos países como Noruega o Portugal, en las que las facultades de revisión en cabeza del Poder Judicial eran moderadas por una poderosa tradición de *self-restraint*. Los países latinoamericanos recibieron esta tradición.

Los actores centrales de esta primera ola del control de constitucionalidad fueron los *Founding Fathers* americanos, los líderes de un élite intelectual y política singularmente bien dotada, formada en las tradiciones del republicanismo clásico y fortalecido por las luchas de la independencia y los

15. Para una reconstrucción crítica de los orígenes del control de constitucionalidad en la experiencia americana, cfr. KRAMER, L: *The people themselves. Popular constitutionalism and judicial review*.. Oxford: Oxford University Press, 2004, caps. 1-4. El mismo Kramer ofrece una precisa reconstrucción del proceso que lleva a *Marbury vs. Madison* y a sus proyecciones históricas. Cfr. KRAMER, L.D.: “We the Court”, en 115 *Harvard Law Review* (2001), págs. 5 y ss.

16. Para una consideración de los fundamentos constitucionales del “judicial review” en un sistema carente de constitución escrita como Gran Bretaña, cfr. sobre todo ELLIOTT, M.: *The constitutional foundations of Judicial Review*. Oxford: Hart Publishing, 2001, cap. 1.

arreglos institucionales que antecedieron y siguieron los procesos de ratificación de la Constitución de Filadelfia. Las figuras de Jefferson, Madison y John Marshall son capitales en esta primera onda de la evolución de la idea de *judicial review*.¹⁷

La Constitución es, en esta primera visión no solamente una norma. Es la norma histórica más un *cluster* de principios, estándares, precedentes, tradiciones y prácticas interpretativas que la integran. Una constitución visible junto a una constitución invisible que la sustenta y la dota de sentido, constituida por principios, precedentes, directivas e ideas orientadoras de origen, naturaleza y proyecciones diferentes. Tal vez sea ésta la acepción más clara de la noción de “constitución viva” o *living constitution*, central en el debate filosófico- constitucional de nuestro tiempo.¹⁸

Desde esta óptica, a la pregunta acerca de “quién custodia a los custodios”, se responde desde la teoría pura de la república constitucional, concebida como un delicado mecanismo de relojería, con sus pesos, frenos y contrapesos, sus resortes y sobre todo una doctrina acendrada y profunda del poder, limitado por la virtud política y por el juego articulado de un cuidadoso sistema de control mutuo de poderes, pasiones e intereses. La visión del control constitucional acuñada por la tradición política americana ha tenido siempre al Poder Judicial como referencia institucional central.

17. Sobre la institucionalización del *judicial review* americano y el significado histórico y político de *Marbury vs. Madison*, cfr. NELSON, W.E.: *Marbury vs. Madison: The origins and legacy of judicial review*. Lawrence: Kansas, 2000 y TUSHNET, M. (Ed.): *Arguing Marbury vs. Madison*. Stanford: Stanford University Press, 2005, espec. los trabajos de S. Sherry, B. Fridman y S.M. Griffin. Para una visión de John Marshall en la perspectiva de las ideas y la política de la época, cfr. especialmente HOBSON, C.F.: *The great chief justice. John Marshall and the Rule of Law*. Lawrence: University Press of Kansas, 1996, NEWMYER, R.K.: *John Marshall and the heroic age of the Supreme Court.*. Baton Rouge: Louisiana University Press, 2001 y SMITH, J.E.: *John Marshall. Definer of a Nation*. N. York: Henry Holt & Co., 1996.

18. Piezas de utilidad para un análisis de este debate, STRAUSS, D.A.: *The living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010; TRIBE, L.H.: *The invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008; AMAR, A.R.: *America's unwritten Constitution. Precedents and principles we live by*. N. York: Basic Books, 2012 y SCALIA, A. GARNER, B.A.: *Reading the law. The interpretation of legal texts*. St. Paul: Thomson/West, 2012, págs.1-47.

b) Una segunda etapa del control de constitucionalidad se desarrolla en un ámbito jurídico cultural radicalmente diferente, en la Europa de entreguerras. La figura central es esta vez Hans Kelsen y el escenario la Constitución de Weimar y las polémicas que la rodearon, en torno a la defensa de la Constitución.

La referencia histórica a los excesos de los tribunales del Antiguo Régimen y su conflicto con la Francia Revolucionaria, combinada la consagración de la primacía del Parlamento en la experiencia del parlamentarismo británico y europeo en general consagraron a través del tiempo una actitud de suspicacia hacia el papel de los jueces como instancia de poder. Ello explica la tradición de los tribunales constitucionales y el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes.

El sujeto central del control de constitucionalidad será esta vez un cuerpo concentrado, dependiente del parlamento y separado del Poder Judicial: una Corte Constitucional encargada de proteger la Constitución. Una constitución concebida como una *Grundnorm*, una norma fundamental o supernorma fundamental que preside la unidad del ordenamiento jurídico.

Éste será el modelo que se impondrá precisamente en los países pos-fascistas: Austria, Alemania, Italia, Portugal y España. En estos países el tema central no será la protección del federalismo y el conflicto entre las autonomías individuales, sociales y territoriales. El tema será la protección de los derechos individuales y sociales y el temor ya no sólo al Poder Ejecutivo central, sino a la propia lógica expansiva del poder del parlamento.

Casi todos los sistemas que siguieron la ola expansiva del control de constitucionalidad adoptaron formas híbridas, con dosis variables de elementos provenientes de los modelos de control difuso o concentrado.¹⁹ Sin embargo, en todos los casos, el eje central de preocupaciones fue el de los “derechos”. Es el control de constitucionalidad propio de lo que Bobbio llama la “Era de los Derechos”.

19. Para una visión sintética de este proceso y el papel cambiante de los jueces, cfr. ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: *Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*. Cizur Menor: Thomson/Aranzadi, 2004, págs. 24-26. También PIZZORNO, A.: *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*. Bari: Editori Laterza, 1998, págs. 12-14, 33-37, 41-43 y 83 y ss. y CHELI, E.: *IL giudice delle leggi. La Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri*. Bologna: Il Mulino, espec. cap. VII.

Italia, Austria, Grecia, y Alemania, precisamente los países mas castigados por la crisis del modelo weimariano, que antes de la guerra habían alumbrado dictaduras autoritarias a partir del desarrollo de la lógica parlamentaria, han sido durante toda esta segunda ola los proveedores básicos de doctrina constitucional basada en la idea del control concentrado. España y Portugal se sumarían a dicha cruzada ideológica y doctrinal. Países todos con una tradición muy corta de declaraciones de derechos, desconfiados de la lógica parlamentaria e interesados en proteger la Constitución a través de un Tribunal especializado, apuntalado por la fuerza de los partidos, pero con una delegación amplia en el poder la judicatura .

Por un andarivel separado, se desarrolló la experiencia del *Conseil Constitutionnel* francés, orientado ya no a la defensa de los derechos sino a la preservación de la división de poderes. Un Ejecutivo con acceso al Tribunal, al efecto delimitar la dinámica del Parlamento. La experiencia de la 4ta. República y el parlamentarismo extremo más la filosofía política de De Gaulle, un triunfador de la Guerra Mundial imbuido de la idea de preservación de la Unidad de Francia y de la necesidad de preservar la Constitución de las fuerzas centrifugas del parlamentarismo y la lucha de partidos, a través de un control preventivo de constitucionalidad de naturaleza política.

De allí que fueran países como Israel, Pakistan, Egipto, o Indonesia los ámbitos donde este modelo fue cultivado y ampliado. Países amenazados por el riesgo de la fragmentación política ante la presión de la guerra exterior y las fuerzas centrífugas de la diversidad política, cultural, religiosa y étnica. El Poder Judicial es visto como una garantía de la integridad del orden político y la defensa exterior, frente al eventual y siempre posible retorno de un régimen de democracia abierta y competitiva.

“¿Quién custodia a los custodios?” En esta segunda ola, por sobre la diversidad de modelos expresivos, quien custodia es la propia fortaleza institucional de un órgano de interpretación y control constitucional legitimado en una idea defensiva de la división de poderes. Un sistema de frenos y contrapesos con neto predominio del Ejecutivo, interesado en la preservación de la unidad del poder gubernativo, la diversidad de sus funciones y una visión restrictiva de la revolución imparale de los derechos y las libertades ciudadanas.

c) La tercera etapa de la evolución revolucionaria del control de constitucionalidad estará representada por una nueva generación de cortes constitucionales. Las naciones que entran en esta nueva onda del control son las

piezas provenientes del antiguo orden soviético y en general las que pertenecen a la “tercera ola” del proceso de democratización contemporánea.

En los nuevos órdenes constitucionales, tal como sucederá en el resto de las nuevas experiencias constitucionales en África, Asia y el resto de las nuevas democracias, el objetivo ya no serán los derechos sino la propia democracia. Los derechos no han sido el tema central, de allí que el debate en torno a la “dificultad contra-mayoritaria” haya estado casi totalmente ausente, más allá de los intentos de los constitucionalistas de Harvard, Chicago o Yale que participaron activamente en el diseño e implantación de las nuevas constituciones.

Son las constituciones de la nueva era global, que apuntan a un fortalecimiento de las instituciones democráticas a partir del marco de valores y principios de la globalización y de la nueva lógica de los tratados internacionales.

“¿Quién custodia a los custodios?” Quien custodia, en esta fase de la evolución de la institución es una red de instituciones cada vez más amplia y extendida, que protagonizan un nuevo orden global, cuyos actores centrales no son ya los Estados nacionales sino las cortes internacionales, las agencias multilaterales, los principios de *lex mercatoria*, las instancias del arbitraje internacional, los tribunales de derechos humanos, la justicia transicional, los nuevos espacios interjurisdiccionales.²⁰ El control es referido a las nuevas instituciones de una gobernanza global con principios e instituciones todavía en construcción, en los que la idea de *self-restraint* cobra una nueva y renovada vigencia.²¹

20. Una visión de conjunto en ALLARD, J. y GARAPON, A.: *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du Droit*. Paris: La République des Idées/Seuil, 2005, págs. 35-70.

21. Para un análisis del papel de control del ordenamiento institucional global, cfr entre la literatura creciente, SLAUGHTER, A-M: *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004, cap. 2; FERRARESE, M.R.: “When national actors become transnational: transjudicial dialogue between democracy and constitutionalism”, en “9 Global Jurist” (2009), págs. 1-31. Publ. por The Berkeley Electronic Press <http://www.bepress.com/gj/vol9/iss1/art2> y FERRARESE, M.R.: *La governance tra politica e diritto*. Bologna: Il Mulino, 2010, caps. IV y V.

La difusión de nuevas formas de control constitucional se amplía y diversifica en función de las ideas de pluralismo social y de principios propios de las nuevas formas de control.

3. Los nuevos desafíos del control judicial de constitucionalidad

El balance de la evolución apuntada abre nuevas instancias de respuesta a la pregunta central acerca de quién custodia a los custodios de la Constitución.

Los jueces pasan a desempeñar un rol de excepción. Intervienen, debaten, diseñan escenarios alternativos de resolución de conflictos, resuelven, distribuyen, compensan, premian, castigan, incentivan, subsidian. Construyen soluciones normativas que se imponen como nuevas normas y criterios de resolución de conflictos futuros. Son estos nuevos escenarios de actuación los que han cambiado, operando reflexivamente sobre el sistema de justicia. Generando ocasiones y posibilidades al ejercicio de nuevas y más importantes funciones en la sociedad.

Baste una enumeración sucinta de las nuevas funciones del control judicial: nuevas instancias de acceso al derecho y al servicio de justicia; quiebra de la jurisdicciones nacionales, generalización de nuevas formas de composición de intereses y de resolución arbitral de conflictos; importancia creciente de la doctrina judicial en función de la consolidación de los principios del *common law*, a impulsos de procesos de hibridación y “préstamos” culturales.

En un mismo sentido, la descripción de la situación actual impone reconocer notas como la transformación en los principios clásicos de legitimación activa, las nuevas formas de protección de intereses difusos y acciones de clase.

Emerge así una sociedad cada vez más “contenciosa”, en la que resulta a su vez natural la demanda social de garantías de debido proceso, tanto sustancial como adjetiva y aplicación a campos muy diversos de la actividad estatal y de la propia vida social, incluido el propio derecho penal.²²

22. KELMAN, M.: “Interpretive construction in the substantive criminal law”, en 33 Stanford Law Review, (1981), págs. 591 y ss.

De allí el avance del Poder Judicial sobre las llamadas cuestiones políticas y la expansión de la justiciabilidad de todos los conflictos. Participación a su vez también creciente de la función judicial en procesos y actividades en otro tiempo reservadas a la legislación. La mayor parte de la nueva legislación ya no surge de iniciativas legislativas sino como consecuencia de procesos de implementación e interpretación con origen en la Administración o en el Poder Judicial.²³

Se amplían así los márgenes y posibilidades para el acceso a la justicia para la resolución de controversias ajenas a la intervención de los magistrados. Es creciente por ello la inserción de la justicia en el conjunto de los mecanismos sociales destinados a velar por el control de “corrección política” de los procesos políticos y sociales.

La justicia se convierte así en un actor central en los procesos políticos, económicos, sociales y culturales. Sus principios regulatorios –por ejemplo el debido proceso– pasan a integrar los códigos propios de este tipo de conflictos, en otro tiempo formalmente autónomos respecto del derecho.

Se despliega así una demanda creciente de derechos, como resultado de la consolidación de la cultura política y jurídica propia de procesos de movilización cognitiva de las sociedades actuales, presiones hacia una democratización integral y crisis correlativa de la representación republicana y el principio de división de poderes.²⁴ Un reflejo cabal de esta nueva situación es la expansión del control de constitucionalidad tanto en lo referido a sus contenidos como a sus métodos y formas de habilitación del ejercicio de los derechos.

El Poder Judicial se sitúa en el centro mismo de la crisis de la república constitucional. La función judicial se politiza, a impulsos sobre todo del proceso de “judicialización” del conflicto social y político. Actitudes y propuestas que hasta no hace mucho podían pensarse como vías o “usos alternativos” del derecho configuran hoy una corriente central del pensamiento y la práctica del estamento judicial en las democracias avanzadas.

23. MANNING, J.F. y STEPHENSON, M.C.: *Legislation and regulation*. N.York: Thomson Reuters/ Foundation Press, 2010, cit. pág. 2.

24. Cfr. TRÄGARDH, L.: (Ed.): *After national democracy. Rights, law and power in America and the new Europe*. Oñati: Hart Publishing, 2004, espec. cap. 7.

En la medida en que las sociedades actuales acentúan procesos de fragmentación, oligarquización, corporativismo y concentración del poder –económico, social, mediático– y la legislación pierde su referencia esencial a la idea de una racionalidad global, se acentúa el desgaste de las instituciones, la regla de la mayoría y, sobre todo, la división clásica entre los poderes y funciones del Estado.

Cambian, en consecuencia, las fuentes y jerarquías normativas y el Poder Judicial deviene no solamente árbitro y mediador sino incluso promotor central de nuevas formas y equilibrios sociales. Mal puede la política reclamar por así una superioridad moral, derivada de sus métodos y procedimientos de “deliberación” y, mucho menos aun una pretensión de presunción de legitimidad automática de la lógica parlamentaria.

El proceso no es pacífico. El poder de interpretar la Constitución, “de decir lo que el derecho es” –en palabras de *Marbury vs. Madison*– no es un poder expresamente conferido por la Constitución a los jueces. Interpretar la Constitución es más bien una facultad implícita e incidental que de hecho ejercen todos los poderes del Estado y aun los propios ciudadanos. De allí la resistencia social a la pretensión de los jueces de ejercer una función monopólica. Los jueces tienen el derecho de interpretar en la medida en que tienen el deber de decidir los casos sometidos a su consideración.²⁵ La Constitución no confiere el monopolio interpretativo que pretenden los jueces, a pesar de la elaborada definición de los mecanismos de la división e interdependencia entre los poderes. Es lógico, en consecuencia, que el debate entre la autoridad de los jueces y la autonomía del Ejecutivo sea una de las cuestiones abiertas dentro de la agenda institucional del Estado de Derecho.

25. Para un estudio de las facultades interpretativas del Poder Ejecutivo, cfr., el completo estudio de PAULSEN, D.S.: “The most dangerous branch: Executive power to say what the law is”, en 83 *Georgetown Law Journal* (1994-95), págs. 217 y ss. En el mismo sentido, para el estudio de la ampliación del margen de la interpretación constitucional del resto de los poderes, cfr. ROSENFELD, M.: “Executive autonomy, judicial authority and the Rule of Law: reflections on constitutional interpretation and the separation of powers”, en 15 *Cardozo Law Review* (1993-94), págs. 137-174. Asimismo, BELL, B.W.: “Metademocratic interpretation and separation of powers”, en 2 *New York University Journal of Legislation & Public Policy* (1998-99) págs. 1 y ss. Y SUNSTEIN, C.: “Beyond *Marbury*: The Executive’s power to say what the law is”, en 115 *Yale Law Journal* (2005-06), págs. 2580 y ss.

4. Control de constitucionalidad y gobernanza social

La ruptura de la idea tradicional del gobierno se explica en función de la crisis de las ideas recibidas acerca de la división de poderes, lo cual acelera la necesidad de mecanismos de adaptación a las nuevas realidades.

a) Por el lado de la *demanda política*, el rasgo dominante es sin duda la emergencia de una nueva cultura ciudadana, crítica, inconformista, impaciente y, sobre todo, nutrida por niveles hasta ahora desconocidos de información en tiempo real e impaciente, por tanto, ante las inercias y lugares comunes de la política tradicional. “La democracia –afirma P. Rosanvallón– afirma su vitalidad como régimen en el momento en que decae como forma de sociedad”. La ciudadanía política progresa al mismo tiempo que retrocede la ciudadanía social y este “desgarramiento” de la democracia es uno de los hechos sociales de nuestro tiempo.²⁶

b) Por el lado de la *oferta política*, los cambios son igualmente profundos. Las formas políticas tradicionales, basadas en programas “fuertes”, afines a un concepto de grandes proyectos sociales y militancia ideológica, ceden espacio a un nuevo tipo de liderazgos, más situacionales y por lo tanto efímeros y *pret-à-porter*. Los partidos optan por propuestas “débiles”, construidas a partir de una lectura atenta y cuidadosa de las demandas, frustraciones, esperanzas e impaciencias sociales.

c) En el nivel de los poderes locales, el cambio asume características revolucionarias. En las grandes ciudades, los alcaldes, prefectos o intendentes invisten una nueva forma de legitimidad ajena por completo a los patrones clásicos, ya sea racional-burocrático o tradicional. La política “de las cosas concretas” pasa a ser una etapa inexcusable de cualquier carrera política que aspire a horizontes mayores. Los “carismas situacionales” –capaces de flotar en el escenario ambiguo de las expectativas colectivas– priman así sobre las grandes personalidades del tipo de las que, en el siglo XX, otorgaron a los

26. En la visión de Rosanvallón este rasgo porta consigo las más terribles amenazas y, si prosiguiera, lo que a largo plazo podría vacilar es el régimen democrático mismo. Cfr. ROSANVALLÓN, P.: *La sociedad de iguales*. Buenos Aires: Manatíal, 2012, págs.17-19.

poderes ejecutivos una misión y ambición revolucionaria. La idea de *gestión* pasa a ser la piedra de toque de la nueva legitimidad de ejercicio

Por esta vía, a la idea tradicional de *gobierno* sucede la noción más amplia y abarcadora de *gobernanza* (*Governance*).²⁷ El concepto tradicional de *gobierno* está referido a un modelo de organización jerárquica, con una especificación clara de las competencias, de las cadenas de mando y responsabilidades. El concepto de *gobernanza* se refiere, en cambio, a instrumentos flexibles de gobierno, asistidos por toda una gama de herramientas de intervención sobre la realidad de las sociedades complejas. Supone, sobre todo, una referencia esencial a la autonomía de los poderes locales. Esta autonomía supone a su vez el reconocimiento de una idea plural de soberanía, que encarna en la acepción contemporánea del viejo principio clásico de la *subsidiariedad*. Es decir, del reconocimiento de la autonomía propia de cada nivel de la pluralidad social.

La idea contemporánea de *gobernanza* gira en torno de las condiciones del desarrollo de las funciones de gobierno bajo una doble exigencia: por un lado, la necesidad de un ejercicio cada vez más complejo, sofisticado y técnico de la actividad gubernativa y, por otro, la creciente desconfianza y vigilancia crítica por parte de ciudadanos cada vez más informados, conscientes de sus derechos y conocedores de los mecanismos de participación y reclamación.²⁸

Las condiciones apuntadas son enfrentadas a partir de la determinación de algunos principios básicos, presentes en la mayor parte de los docu-

27. Para un desarrollo más amplio de la noción de “Gobernanza”, cfr. UNDP: *Reconceptualising Governance*. UNDP Management Development and Governance Division.: Discussion Paper 2. N. York, 1997 y *Governance. The World Bank Experience*. Washington DC: World Bank, 1994. Asimismo, GRINDLE, M. (Ed.): *Getting Good Government. Capacity building in the public sectors of developing countries*. Cambridge: Harvard Institute for International Development, 1997. RHODES, R.A.W.: *Understanding governance. Policy networks, governance, reflexivity and accountability*. Buckingham: Open University Press, 2001 y NYE, J. S. y DONAHUE, J. D. (Eds.): *Governance in a globalizing world*. Washington: Brookings Institution Press, 2000.

28. Sobre las tensiones que operan en la relación entre las ideas de *governance* y *government*, en el contexto del nuevo constitucionalismo, sobre todo europeo cfr. CALISE, M.: “Tra governo e *governance*: la costituzione nelle democrazie contemporanee”, en ORNAGHI, L. (Ed.): *La nuova età delle costituzione*. Bolonia: Il Mulino, 2000, págs. 121-144.

mentos internacionales vigentes sobre la materia.²⁹ Son los nuevos criterios de legitimidad que orientan la nueva idea de control:

1. **Apertura** (*Openess*): Las instituciones deben funcionar de modo abierto. Deben comunicar lo que hacen, cómo lo hacen y detallar las decisiones que toman. Deben utilizar para ello un lenguaje accesible y comprensible para el público general para mejorar los niveles de confianza en instituciones complejas.

2. **Participación**. La calidad, relevancia y efectividad de las políticas dependen de la capacidad de las instituciones para garantizar una participación amplia e inclusiva de los ciudadanos a lo largo de la cadena de decisiones que toda política implica –desde la concepción y el diseño hasta las diversas fases de su implementación–. El mejoramiento en la participación lleva a una mejora en la confianza en el resultado final de las políticas y en las instituciones que las llevan a cabo.

3. **Rendición de cuentas** (*Accountability*). Los roles en los procesos legislativos y ejecutivos deben ser cada vez más claros y responsables en los procesos de balance y rendición de cuentas de los recursos utilizados. El monitoreo y evaluación de las políticas que se implementan forman parte esencial del proceso de desarrollo e implementación de las políticas públicas.

4. **Efectividad** (*Effectiveness*). Las políticas deben ser efectivas, puntuales y desarrolladas en los tiempos previstos. Los resultados que producen deben basarse en objetivos claros y, en lo posible, deben ser sometidos a evaluación de sus impactos futuros y en comparación respecto de experiencias pasadas. La efectividad depende también de la implementación de las políticas de un modo proporcionado y de decisiones que se tomen en el nivel más apropiado.

5. **Coherencia**. Las iniciativas, acciones y políticas deben ser coherentes y fácilmente comprensibles. La coherencia requiere liderazgo político y un sentido fuerte de la responsabilidad por parte de las instituciones, que permitan asegurar enfoques consistentes en el contexto de sistemas cada vez más diferenciados y complejos.

29. Cfr. sobre todo *The European Governance. A White Paper*. Bruselas, COM (2001) 428. 25/7/2001 cit., pág. 10.

Los principios expuestos suponen una visión integrada de su aplicación. cada uno de ellos se refuerza en su relación dinámica con los demás. Suponen asimismo un enfoque basado en dos principios complementarios: la proporcionalidad y subsidiaridad.

Es decir, que la selección y utilización de los medios debe guardar una relación de proporcionalidad flexible con los objetivos y fines perseguidos y que las decisiones deben ser tomadas al nivel más apropiado. De modo tal que ningún nivel se sobreponga a niveles inferiores con capacidad para adoptarlas. El gobierno debe posibilitar el desarrollo libre y natural de los niveles inferiores que abarca y contiene.³⁰

Más que capacidad para legislar, ejecutar y juzgar, el poder debe ganar en posibilidades de anticipar escenarios, poner en marcha respuestas estratégicas, evaluar sus impactos directos e indirectos, estimar las consecuencias no previstas ni deseadas, desarrollar agendas e iniciativas en red. Gobernar implica exige inteligencia prospectiva, flexibilidad operativa y articulación de mecanismos de alerta y respuesta temprana ante efectos no deseados.

En este proceso, el derecho pasa a desempeñar funciones nuevas apenas entrevistas por las visiones ortodoxas. Su función de mecanismo de estabilización y administración de expectativas sociales le otorga un papel preponderante entre el resto de las herramientas y formas de acción directa e indirecta de encauzamiento de la conducta social.

Más que de un ocaso de la idea tradicional de la división de poderes cabría hablar de un proceso de metamorfosis y transfiguración. La gestión política de los procesos recurrentes de emergencia tanto política como económica, ha obligado a las instituciones a transitar la senda del cambio desde la perspectiva de las ideologías fundamentalistas a un cierto instrumentalismo pragmático. Este espíritu de adaptación a la complejidad del nuevo escenario social, termina por imponerse sobre criterios ideológicos, postulados programáticos y aún posiciones de conveniencia personal de líderes y candidatos.

A la idea de control del poder a través del poder mismo, expresada en el equilibrio de frenos y contrapesos sucede la idea del control del poder a través

30. Una explicación más amplia del juego de estos principios puede verse en D'ATENA, A.: *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007 y, para una aplicación concreta de un caso nacional paradigmático como el italiano, BUDELLI, S.: *Dinamismi centripeti del multilivello solidale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.

de la revisión de constitucionalidad de los actos que le son propios, cargo de un órgano preestablecido en la Constitución, encargado de desarrollar procedimientos específicos de contraste con los principios y reglas de la Constitución.

Las instituciones de la Constitución afrontan así una verdadera revolución “desde la demanda”, que impulsa una verdadera mutación del sistema recibido. Ya no cuenta tanto la *oferta* de la política –las ideologías, causas, programas, liderazgos, etc.–. Lo que impulsa y determina el sentido de los cambios en marcha es la *demanda* creciente y desbordada de parte de una ciudadanía cada vez más informada, consciente de sus derechos, educada, autónoma, escéptica y, sobre todo, impaciente.

En una sociedad en la que declinan las lealtades tradicionales, crece la desconfianza social y pierden importancia los compromisos permanentes, no es extraño que el equilibrio entre poderes e instituciones entre en crisis.

Tampoco lo es el hecho de que el vacío que ha quedado abierto tienda ser ocupado de hecho por otros actores sociales centrales en el contexto de las “democracias de opinión”. La opinión pública y las diversas organizaciones sociales surgidas como formas de expresión de intereses sociales vulnerados – casos de las organizaciones sindicales, grupos de protesta y acción directa, representaciones sectoriales del trabajo y de la producción, grupos ecologistas, etc.– tienden a ocupar un escenario de importancia inédita.

La democracia enfrenta así los riesgos inherentes a sus propios éxitos. En la medida en que es el (único) régimen que apoya su legitimidad sobre el consentimiento de los gobernados, sin recurso a ningún otro principio fundante, se ve obligada a administrar una revolución constante de expectativas sociales. La brecha entre expectativas y realidades desgarró la entretela de valores y presuposiciones tácitas que dieron cohesión a la promesa republicana. La democracia gana en impulso y protagonismo político, al tiempo que declina y pierde sustancia como vigencia social.

Una vez concretadas y capitalizadas políticamente, las promesas sirven de base a nuevas expectativas, según una lógica exponencial que plantea sobrecargas constantes sobre la infraestructura institucional disponible. Éste fue precisamente el riesgo que los federalistas tuvieron en cuenta al diseñar y construir la versión madisoniana de la doctrina de la separación de poderes y del instrumento del *judicial review*.

La sociedad exige hoy a las instituciones y a quienes las representan al interior de dichas instituciones, respuestas inmediatas en áreas y temas

que, en una sociedad ordenada, están fuera de la competencia de la política. Temas cuyo procesamiento y solución correspondería en realidad a instancias técnicas o, en última instancia, a los esfuerzos concertados de toda la sociedad en su conjunto –tales, por ejemplo, los casos del empleo, la educación, la salud, la seguridad ciudadana o la cohesión e inclusión social–. Se desarrolla así un nuevo tipo de vínculo democrático respecto del cual cobran sentido expresiones tales como particularidad, reconocimiento, atención y respeto. Un nuevo tipo de interacción social y una nueva matriz de política positiva, basada en la idea de *proximidad*.³¹

Desde esta perspectiva, no son las instituciones las que fracasan. Más bien revelan su impotencia frente a objetivos sociales que las desbordan. Las instituciones, en particular las judiciales se ven obligadas a afrontar demandas y reclamos que en realidad les es imposible satisfacer. Deben cubrir vacíos y lagunas abiertas por la crisis del Estado.

En otros tiempos, esta brecha entre expectativas y posibilidades generó reacciones antidemocráticas que terminaron deslegitimando el propio sistema democrático. En la actualidad, sociedades más informadas y experimentadas en ese tipo de consecuencias, han dejado de exigir a las instituciones de la democracia respuestas que no pueden o incluso no deben proporcionar, en la medida en que dependen de otros sectores o de la sociedad misma en su conjunto.

Esta pérdida de monopolio de los intereses y expectativas de los ciudadanos fuerza a su vez un replanteamiento de la problemática tradicional de la representación, que alcanza tanto a las formas tradicionales de la participación política como a las instituciones encargadas del control y la garantía de los valores y principios constitucionales.

En el caso de la justicia, la primera respuesta –casi espontánea– viene del propio sistema, a través de las diversas formas de activismo judicial. La justicia interviene y aspira a colmar las lagunas que dejan abiertas el resto de las instituciones. Lo hace en función de su función de custodio de los valores y principios de la Constitución y su herramienta es una nueva teoría, constructiva y dinámica de la interpretación de los conflictos constitucionales.

31. Cfr. ROSANVALLON, P.: *La legitimidad democrática*, cit., págs. 348-268.

5. Presente y futuro del control de constitucionalidad

En un contexto como el expuesto, se multiplican las incertidumbres en torno al futuro del control de constitucionalidad. La pregunta es recurrente: ¿cómo garantizar formas de control y custodia para quienes pretenden custodiar a los custodios, sean éstos jueces o legisladores? ¿Cómo custodiar a la Constitución, entendida en un sentido real, es decir como un depósito de reglas, principios, precedentes y prácticas interpretativas? La cuestión abre interrogantes aun más amplios, referidos al propio futuro del Constitucionalismo.³²

Todo intento de respuesta impone hacerse cargo de que en el debate actual acerca del control de constitucionalidad se enfrentan entre sí dos concepciones no necesariamente opuestas en el plano de las formulaciones teóricas, aunque enfrentadas en la realidad del devenir histórico.

La primera es una visión de la constitución que podríamos calificar como *negativa*, en una referencia clara a la idea de libertad que la sustenta. Libertad contra el poder y los poderes que lo corporizan. Para esta visión, la Constitución es, ante todo, una carta de derechos y libertades. Un sistema de garantías y de protección de los derechos individuales y sociales. Esta concepción enfatiza los derechos privados por sobre los propósitos públicos.

La segunda es en cambio una visión de la Constitución como una herramienta de política *positiva*, referida a su vez a un sentido constructivo de la libertad. Es decir, libertad entendida como posibilidad para promover objetivos comunes vinculados al bienestar general, la prosperidad, la seguridad, la igualdad.³³

32. Cfr, por ejemplo, los aportes compilados en DOBNER, P. y LOUGHLIN, M. (Eds.): *The twilight of Constitutionalism*, Oxford: Oxford University Press, 2010 y TULIS, J.K. y MACDEDO, S. (Eds.): *The limits of Constitutional democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

33. Para una consideración de conjunto de la distinción propuesta cfr. BARBER, S.: "Constitutions in exile: is the Constitution a charter of negative liberties or a charter of positive benefits. The fallacies of negative constitutionalism", en 75 *Fordham Law Review* (2006-07), págs. 651 y ss. También BARBER, B.: *Welfare and the Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2003 y NAGEL, R.F.: *Constitutional cultures. The mentality and consequences of judicial review*. Berkeley: University of California Press, 1989, págs. 62-65.

Las dos visiones son, por supuesto, modelos que, como tales, no llegan a expresarse a través de formatos institucionales absolutos. La dinámica constitucional muestra más bien una interpenetración mutua, dinámica y cambiante de ambas perspectivas. Su síntesis es siempre conflictiva y provisoria. Las ideologías constitucionales tienden por lo general a exagerar sus rasgos respectivos y los sostenedores de una u otra visión sobre representan sus rasgos diferenciales.³⁴

Por un lado, quienes mantienen la primacía de los procesos de representación y la afirmación de los derechos y libertades frente a los riesgos de función gubernativa. Interpretan la división de poderes en términos de separación y control mutuo entre los poderes. El pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes. Ven en la judicatura un poder contra mayoritario, un freno y contrapeso frente a las naturales pretensiones expansivas del gobierno, tanto en su dimensión legislativa como gubernativa. Su ideal es el de una república representativa, cuidadosa de los equilibrios y la moderación de las energías desencadenadas del poder. La supremacía de la Constitución es el principio o criterio fundamental para la interpretación del conflicto institucional.

En el extremo opuesto, militan quienes sostienen la primacía de los procesos de inclusión y participación. Propugnan la necesidad de desarrollar la capacidad de las instituciones democráticas para promover propósitos públicos sustantivos. Ven en la judicatura un instrumento de resistencia de los contra-poderes sociales contra la energía transformado de “nosotros el pueblo”. Su ideal es el de una democracia de movilización integral, fundada en la primacía del principio de soberanía popular. Ven en la voluntad popular expresada a través de la deliberación parlamentaria su resultado –la legislación– la forma directa y eminente de expresión del mandato popular.

Son dos visiones teóricamente complementarias aunque históricamente divergentes acerca de lo que debería ser una república democrática. Unos la conciben como una “república constitucional”, otros como una “democra-

34. Una amplia indagación histórica de las tradiciones políticas subyacentes a ambas ideologías puede verse en BERTONI, L.A.: *Patriotas, cosmopolitas y nacionalistas. La construcción de la nacionalidad argentina a fines del siglo XIX*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2001. Una síntesis del conflicto entre dos ideas de “democracia” derivadas de dicho conflicto de tradiciones políticas en ROMERO, J.L. “Dos democracias en pugna”, en *Diario La Nación*, 4 de nov. 2012.

cia participativa”. Dos polos y una tensión entre fuerzas en esencia complementarias, aunque en la práctica social divergente y enfrentada.

El conflicto actual en torno al contenido y el límite del papel de los jueces ante el conflicto social y político llevan al extremo la tensión que ejerce sobre el sistema político un doble juego de presiones y vetos,³⁵ que proviene precisamente de este choque de concepciones.

Las *presiones* vienen desde la propia sociedad, protagonista de un proceso dinámico de incorporación de nuevos valores, actitudes, orientaciones y demandas, propias de una democracia cada vez más abierta y participativa.

Los *vetos* vienen, a su vez, de inercias institucionales y resistencias de poderes fácticos, intereses establecidos y estructuras de dominación tradicional, entre las que cabe sin duda consignar las propias burocracias de los partidos y de otras organizaciones sociales de parejo protagonismo social y político en la sociedad actual.

En este mismo sentido se inscriben los bloqueos funcionales en aspectos centrales de la dinámica del Estado de Derecho. Las cláusulas constitucionales que establecen la estructura del gobierno integraron en su tiempo un proyecto concreto: el establecimiento de una república constitucional, basada en una estructura de pesos y contrapesos destinado a integrar poderes dispersos en el conjunto de un gobierno gestionable.³⁶

35. Entre los trabajos que desarrollan esta perspectiva de la dialéctica entre presiones y vetos, cfr. TUSHNET, M.: *The new constitutional order*. Princeton: Princeton University Press, 2003, obra que continua *Red, white and blue. A critical analysis of Constitutional Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988 y sobre todo, *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999. Desde perspectivas diferentes aunque coincidentes en el objetivo, cfr. LAZARE, D.: *The velvet coup. The constitution, the Supreme Court and the decline of American democracy*. Londres: Verso, 2001; SKOCPOL, T.: *Diminished democracies. From membership to management*. Norman: University of Oklahoma Press, 2003; COSTA, P. Y ZOLO, D. (Eds.) *Lo Stato di Diritto. Storia, teoria, critica*. (Milano: Feltrinelli, 2002); FABBRINI, s.: *Quale democrazia. L'Italia e gli altri*. Bari Laterza, 1994 y *Tra presioni e veti. Il cambiamento político in Italia*. Bari: Laterza, 2000.

36. El modelo constitucional norteamericano es el resultado de un compromiso explícito entre concepciones diversas. En *Federalist Papers* N° 37 Madison expone en detalle esta síntesis entre principios opuestos: apunta a las dificultades de combinar el requisito de estabilidad y energía en el Gobierno con la inviolable atención debida a la libertad y la forma republicana. La Constitución es ante todo un instrumento orientado a expandir y con-

Es precisamente esa estructura integrada, basada no tanto en la separación cuanto en la *interdependencia* de los poderes del Estado, la que hacia políticamente posibles los sistemas de designación de jueces y magistrados, el control de constitucionalidad, la prohibición de delegaciones legislativas, la prohibición del veto parcial del Ejecutivo, los procedimientos de formación y sanción de las leyes, la autonomía del régimen municipal o la propia estructura de coparticipación tributaria, sobre todo en los Estados federales.

El análisis del contexto social es en este punto imprescindible. Uno de los factores a tener en cuenta en este análisis es el hecho básico de que las democracias actuales son, ante todo, *democracias de opinión*, en las que las percepciones y preferencias públicas se expresan en tiempo real. Bajo la hegemonía de los medios de comunicación y los procesos y mecanismos de análisis y formación de la opinión pública, la política deviene un plebiscito cotidiano. Es la campaña permanente: la orientación estructural de la política y las prácticas institucionales en función de la lucha, conquista y conservación de espacios y esferas de poder.

Los jueces han llegado al poder para quedarse. Ocupan el vacío que deja la retirada del resto de los poderes ante un cuestionamiento social a las bases profundas de la teoría y la práctica de la representación. El activismo no es una doctrina transitoria. Es más bien la culminación lógica de un perfeccionamiento de la idea y la práctica democrática que, para afianzarse, exige desarrollos paralelos en la dinámica de funcionamiento del resto del sistema institucional.

¿Quién custodia entonces a los custodios? Los poderes de la democracia no aceptarán esta irrupción basada en la idea de que los jueces constitucionales “no somos los últimos en la decisión porque seamos infalibles, sino que somos infalibles sólo porque somos los últimos”.³⁷

La confrontación es inevitable y será el signo de la época actual. En esta tercera o ya cuarta onda de la historia apasionante del control de constitucionalidad todo indica que el mecanismo de relojería de los frenos y contra-

solidar el propósito y procedimientos de una autoridad nacional, por sobre los objetivos de creación de derechos contra dicha autoridad – ver al respecto en especial *Federalist* N° 41–. Ver a propósito de los compromisos básicos del modelo constitucional estadounidense MALTZ, E.: *Rethinking Constitutional Law. Originalism, interventionism and the politics of judicial review*. Lawrence: University of Kansas, 1994, págs. 62-68.

37. Voto del Justice Jackson en *Brown vs. Allen*, 344 U.S. 443 (1953), pág. 540. “*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*”.

pesos no funciona ya por sí mismo. Lo hace más bien a través de presiones y vetos de los poderes fácticos. Las pasiones neutralizan a las pasiones. Los intereses bloquean a los intereses. Una sociedad de suma cero en la que las energías negativas imponen su sesgo paralizante.

¿Cómo superar el bloqueo? La única salida parecería provenir precisamente de la expansión y cantidad de aportes que se producen en el foro de los principios. La idea básica de un *self-restraint* de los propios actores vuelve a desempeñar un papel central en el plano del debate y de la implementación de soluciones.³⁸ Una autorrestricción fruto más de la necesidad que de la virtud. De la imposibilidad de un equilibrio basado en el empate: de la necesidad y la oportunidad de un nuevo tiempo y una nueva dinámica transformadora en la que la autonomía e independencia de los guardianes dependa en buena medida de un juego de equilibrios y consensos relativos y superpuestos, protegidos de la contienda entre los partidos.

38. Al respecto, cfr. el provocativo ensayo de POSNER, R.: "The rise and fall of judicial self-restraint", en 100 California Law Review (2012), págs. 519-556 y los apuntes críticos de KARLAN, P.: "The transformation of judicial self-restraint", en 100 California Law Review (2012), págs. 607-619 y FERREJOHN, J. y KRAMER, L.D.: "Independent judges, dependent judiciary: institutionalizing judicial self-restraint", en 77 New York University Law Review (2002), págs. 962-1039.

Separación de poderes y facultades legislativas del presidente

*José Miguel Onaindia**

D) Introducción: el síndrome del colapso

El reconocimiento de potestades legislativas al Presidente fue una de las cuestiones que más dividió la opinión frente al proceso de reforma constitucional en 1994. La constitución histórica no contemplaba ninguno de los institutos que allí se incorporaron (delegación legislativa, decretos de necesidad y urgencia, promulgación parcial de leyes). Su génesis se produjo por decisión del Ejecutivo en el transcurso de la accidentada vida institucional del siglo XX, legitimada luego por la jurisprudencia. En el período previo al proceso de reforma constitucional se había intensificado notoriamente el ejercicio de estas facultades. Es innegable que estas atribuciones inexistentes en la constitución formal, tenían vigencia en la constitución material. Sin embargo, su uso había recibido fuertes críticas no sólo desde la oposición política a los dos primeros gobiernos de la posdictadura sino también desde diversos sectores de la doctrina.

* Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Culturales, Facultad de Derecho, UBA. Director del programa de posgrado en Cultura y Derecho de la misma facultad. Profesor de posgrado en las facultades de Derecho, Ciencias Económicas Filosofía y Letras de la UBA, UNLP, UNLAM, FLACSO y UP. Autor de varias obras individuales y colectivas. Es asiduo colaborador de órganos de prensa gráficos y audiovisuales. Fue Director del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales, Coordinador General de Cultura de la UBA, Asesor de la Cámara de Diputados de la Nación y de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Preside la Asociación por los Derechos Civiles y la Fundación Internacional Argentina.

Más allá de las posiciones teóricas y políticas sobre el tema, siempre debe advertirse que el reconocimiento de estas facultades implica la transferencia de funciones propias del Congreso al Poder Ejecutivo y una alteración del principio de separación de poderes que es fundamento de nuestra forma de gobierno. Pero el peligro excede lo meramente funcional, porque el ejercicio de estas facultades supone el reemplazo de la voluntad plural del órgano de representación popular por la voluntad única de quien ejerce la Presidencia de la Nación y puede acrecentar sus potestades mediante el uso ordinario de facultades de excepción.

Los sectores que acordaron la modificación constitucional sostuvieron que su inclusión en la constitución era necesaria a fin de evitar un uso abusivo de estas facultades y permitir un control eficiente por parte del Congreso. También abundaron en las conveniencias de tales facultades, dadas las frecuentes emergencias sociales, institucionales y económicas que caracterizan el devenir histórico de nuestro país.

Uno de los protagonistas jurídicos de la modificación por el oficialismo, relata así el debate: “Para el justicialismo fueron ‘puntos atados’ de reforma los relativos a las regulaciones en materia de decretos de necesidad y urgencia y de legislación delegada, y los referidos a los procedimientos para agilizar el trámite de discusión y sanción de las leyes. Por tal motivo su tratamiento fue incluido en un mismo capítulo. De esta manera, los negociadores de ese partido indicaban que el uso de los decretos de necesidad y urgencia, criticado con fuerza desde la oposición, había sido imprescindible para implementar aceleradamente las reformas económicas y del Estado, ante la lentitud de los procedimientos legislativos. El justicialismo, mediante las iniciativas propugnadas por su comisión de juristas y por el dictamen de la mayoría del Senado, pretendía transformar al Congreso nacional en un órgano más activo y modificar su hábito de bloquear las políticas impulsadas por el Ejecutivo, facilitado por procedimientos constitucionales provenientes de mediados del siglo pasado (XIX), y que no habían sido ‘aggiornados’ –como en los Estados Unidos de América– mediante una práctica ininterrumpida...”(García Lema, Alberto. “La reforma por dentro”, Planeta, 1994, p. 203).

Por su parte, desde el radicalismo Quiroga Lavié afirma que los opositores a la inclusión de estas medidas excepcionales en la constitución, desconocen “el síndrome de colapso” que se repite en el país desde hace muchos años. “...La historia del colapso en la Argentina puede constatarse:

los efectos de la hiperinflación durante los gobiernos de Alfonsín y Menem hicieron necesario apelar al remedio, por decreto de necesidad y urgencia, de cambio de moneda y al de la conversión en títulos públicos de los depósitos bancarios, repitiendo la misma historia vivida por Roca y Pellegrini en el siglo pasado. Roca, en 1885, ratificó por decreto el curso legal de las emisiones de moneda del Banco Nacional, y Pellegrini, en 1891, dispuso la suspensión del pago de depósitos del Banco Nacional y del Banco de la Provincia de Buenos Aires para subsanar la crisis monetaria existente. Entonces queda claro que el decreto de necesidad y urgencia es un instrumento de gobernabilidad, y que ésta es la suprema ley de la tierra para cualquier pueblo. Lo malo es que no existan normas que lo regulen, porque, en tal caso, la omisión de reglas impide poder determinar si ha habido o no violación de las mismas. Ponerle reglas a una situación de excepción no significa otra cosa que limitarla...” (Quiroga Lavié, Humberto “Constitución de la Nación Argentina Comentada”, Depalma, 1996, pp. 619-20).

Frente a estas voces que con argumentos atendibles justificaban la introducción de las nuevas facultades presidenciales, otro sector de la doctrina se pronunció en forma negativa sobre su inclusión pues opinó que atacaba la división de poderes, elemento sustancial de un Estado democrático y de la forma de gobierno adoptada por la constitución, y su inclusión en el texto constitucional ocasionaría un serio peligro para un uso más frecuente de estas potestades. Si ante la ausencia de norma alguna que habilitara su ejercicio, estas prácticas habían surgido y la Corte había tenido una actitud complaciente, especialmente a partir del fallo Peralta de 1990, su incorporación al texto constitucional produciría un mayor uso de tales facultades. El citado precedente había originado ya un comentario muy crítico en el ámbito académico, por su reconocimiento a las facultades excepcionales del Ejecutivo y a la afectación de los poderes del Congreso que de tal criterio derivaba.

La incorporación de estas facultades al núcleo de coincidencias básicas fue una parte sustancial del acuerdo político que concluyó con la reforma constitucional de 1994. Por consiguiente, se votaron conjuntamente con el resto de las medidas que integraron ese bloque y se incorporaron en la forma pactada en el texto constitucional. Los años transcurridos desde su consagración constitucional y la práctica de estas potestades por los diferentes y numerosos titulares del Poder Ejecutivo Nacional demuestran que las predicciones negativas resultaron razonables y que el ejercicio de estas medidas no resultó idóneo para aliviar “el síndrome de colapso”.

II) Regulación normativa: controles ineficaces

Para ordenar la exposición trataré a cada institución en particular. Pero es preciso destacar desde el inicio que estas facultades conviven en el sistema y pueden utilizarse conjuntamente. La suma de su ejercicio excepcional puede desembocar en una concentración de funciones, que no sólo desnaturaliza la forma de gobierno sino que afecta el sistema democrático y la estabilidad institucional. Y este argumento que era una disquisición teórica al momento de efectuarse la reforma constitucional, puede con diecisiete años de práctica ejemplificarse con numerosos datos y dramáticas situaciones históricas. Basta recordar que la crisis institucional del año 2001 tuvo origen en facultades delegadas por el Congreso en mayo de ese año y la confrontación con el sector agropecuario en el año 2008 en el dictado de la Resolución N° 125 también por el uso de esta transferencia de funciones.

A) Delegación legislativa

La delegación es el acto por el cual el titular de una atribución le transfiere su ejercicio a otro órgano. En el caso de la delegación legislativa, es el Congreso como titular de la función que la traspassa al Poder Ejecutivo en determinadas circunstancias y condiciones. La doctrina ha distinguido entre delegación propia (transferencia incondicionada de la función) e impropia (transferencia de particularidades de la función), para explicar que la primera de ellas no puede ser admitida por vulnerar el principio de separación de poderes y otorgar al Ejecutivo una concentración de facultades reñida con la esencia de nuestra forma de gobierno (ver Cullen, I.J.M. “La delegación de competencias en el Estado moderno”, Revista de la AADC, Año VI, N° 45, Buenos Aires, 1989, p. 12).

El art. 76 de la Constitución que incorpora a nuestro texto esta facultad del Congreso, que resulta nueva en la Constitución Nacional pero que reconoce algunos antecedentes en constituciones de provincia (San Juan y Santiago del Estero). El artículo determina como principio general la prohibición de la delegación, para luego regular como excepción su ejercicio. El criterio prohibitivo reitera no sólo la norma general de separación de funciones, sino también la sanción específica del art. 29 de la Constitución que tipifica como delito constitucional el otorgamiento de la suma del poder público al Ejecutivo.

La decisión de concebir la delegación como una facultad de excepción tiene dos consecuencias fundamentales: que no puede ejercerse en forma ordinaria y que debe interpretarse con carácter restrictivo. Si bien ambas derivaciones parecen obvias no siempre están presentes ni para quien la ejerce ni para quien la interpreta.

Antes de analizar los límites impuestos por el constituyente de 1994 a la regulación de esta potestad excepcional, advertimos que existe un límite general impuesto por el citado art. 29 que no puede olvidarse. La mencionada norma constitucional es de carácter histórico porque su inclusión en el texto tuvo como motivo impedir que las legislaturas reiteraran la conducta ejercida durante el gobierno de Rosas, a quien la Legislatura de Buenos Aires le había concedido la suma del poder público. Con una redacción afín con el estilo y los valores de la época, el constituyente no sólo quiso con esta disposición evitar la concentración de funciones y el autoritarismo, sino también muy especialmente que los derechos del hombre queden a voluntad de un órgano o persona. La interpretación dinámica de esta cláusula impone una regla para medir los alcances de la facultad incorporada en 1994 que analizamos, puesto que dada su letra y espíritu, que se compadece con la decidida defensa del denominado “bloque de constitucionalidad”, el ejercicio de esta facultad no puede permitir al Ejecutivo que sustituya al Congreso para regular el ejercicio de los derechos humanos que lo integran. La delegación legislativa, por imperio de lo dispuesto en el art. 29 y por su excepcionalidad, no puede tener por objeto la regulación de derechos humanos que le corresponde exclusivamente al Congreso por aplicación del principio de legalidad.

Realizada esta observación, vemos que el nuevo art. 76 tiene un claro límite temporal dado que exige para la validez formal de la delegación que se otorgue por tiempo determinado y una peligrosa laxitud en el aspecto material, pues recurre a dos expresiones de contenido semántico difuso. Tanto los conceptos de “administración” como de “emergencia pública” carecen de un significado concreto e indiscutible y pueden ser alegados con aparente razonabilidad para justificar la concesión de esta potestad. Tal decisión conduce a derivar al intérprete el análisis en cada caso del ejercicio razonable de la delegación, situación que implica un severo condicionamiento para el intérprete que deberá juzgar la constitucionalidad de la norma, bajo la presión del “hecho consumado”.

El nuevo artículo impone al Congreso delimitar la transferencia de funciones que decida. De este modo, la ley que la ordene debe contener “las ba-

ses” –en expresión literal del constituyente– de la delegación otorgada. En virtud de esta parte de la disposición comentada, es obligación del órgano legislativo fijar claramente no sólo la materia sino los alcances de la función que transfiere para evitar excesos en su ejercicio que puedan derivar de la ambigüedad de la norma. Pero también el art. 100 inc. 12, que regula las facultades del Jefe de gabinete, impone un requisito formal consistente en el refrendo de los decretos dictados en virtud de la delegación y un control sustancial posterior por la Comisión Bicameral Permanente.

B) Decretos de necesidad y urgencia

Los decretos de necesidad y urgencia son leyes dictadas por el órgano ejecutivo en determinadas circunstancias. Dado que los emite el Presidente, son decretos que es la forma de expresión de la voluntad de este órgano de gobierno. Pero por su contenido, son leyes. Esa circunstancia ha determinado la resistencia de vastos sectores de opinión a la regulación constitucional de esta facultad, puesto que implica el reconocimiento de un avance del Ejecutivo sobre funciones propias del Legislativo.

Esta excepcional facultad presidencial para que no signifique una violación al principio de separación de poderes, que en la forma de gobierno presidencialista tiene una connotación muy importante por el tipo de relaciones que se establecen entre los diversos órganos de gobierno, debe estar sometida a requisitos muy estrictos y como toda facultad excepcional debe interpretarse con carácter restrictivo.

Su inclusión en la Constitución formal fue el resultado de una situación histórica muy particular y contemporánea a la reforma, puesto que desde 1853 hasta 1983, los gobiernos constitucionales que se sucedieron sólo habían dictado veintisiete decretos de estas características. Pero al reiniciarse la vida institucional de la Nación en 1983, tímidamente durante la presidencia de Alfonsín este número se fue incrementando y se utilizó esta forma para importantes medidas de gobierno a cargo del Legislativo, como el cambio del signo monetario. Pero fue en la primera presidencia de Carlos S. Menem donde la práctica alcanzó una asiduidad alarmante. Según un estudio realizado por Delia Ferreira Rubio y Mateo Goretti entre 1989 y 1993 se habían dictado trescientos ocho decretos de estas características. Esta situación se tornaba más sorprendente dada la mayoría legislativa que el partido de gobierno tenía desde el inicio de la gestión en ambas cámaras del Congreso.

Tal situación condujo a los partidos que pactaron la reforma a considerar prudente la reglamentación de la materia para evitar un uso indiscriminado de una facultad excepcional. Al igual que con la delegación legislativa la norma de habilitación de esta facultad parte de la premisa de la prohibición al órgano ejecutivo de emitir disposiciones de carácter legislativo. Insisto que esta aseveración produce las consecuencias de reservar la facultad para circunstancias que no sean habituales e imponer un criterio restrictivo a su interpretación.

El constituyente impone límites objetivos para que el ejercicio, que deben darse en forma conjunta. Estos límites son las razones de necesidad y urgencia que constituyen la causa que impulsa al ejecutivo a desarrollar una función ajena a su competencia ordinaria. La norma exige ambas condiciones que pueden definirse como aquellas situaciones de grave repercusión en la comunidad, que produzcan el requerimiento indispensable del dictado de una norma de carácter legislativo nueva, o la modificación o derogación de la legislación vigente, y que impidan seguir los trámites ordinarios que la constitución prevé para la sanción de las leyes.

También se decidió la inclusión de impedimentos de carácter material, para evitar que invocando razones cuya ponderación puede ser opinable, el Presidente pudiera legislar sobre materias de especial interés para el ejercicio de derechos subjetivos (materia penal y tributaria) o derechos políticos (legislación electoral o regulación de partidos políticos). Así dejó fuera del ámbito de esta facultad la materia que había motivado un número importante de esta clase de decretos, como lo es la tributaria.

La naturaleza excepcional de estos decretos y la obligación de interpretarlos con carácter restrictivo, hace que la ponderación del cumplimiento de sus requisitos deba realizarse con criterio estricto, pese a la laxitud de los conceptos utilizados para la determinación de sus causales objetivas.

C) Promulgación parcial de leyes

La promulgación de las leyes es una potestad que el constituyente originario atribuyó al Ejecutivo, para hacer efectiva la doctrina de Montesquieu de la separación y control entre los diversos órganos que desarrollan las funciones estatales. La promulgación significa la validación del Ejecutivo del ejercicio de la función legislativa por el Congreso y le permite ejercer en forma efectiva el control que ese esquema de distribución de facultades

le otorga. La promulgación, que puede ser expresa o tácita, convive con la facultad de observación (comúnmente denominada “veto”) que es la capacidad del ejecutivo de expresar su disconformidad con la ley y obligar al Congreso a insistir con mayorías agravadas en su decisión original o acatar la voluntad del Ejecutivo en caso que no se logre la mayoría para la insistencia.

El ejercicio de la potestad de observar las leyes implica la posibilidad del Ejecutivo de impedir la aplicación de una norma que considere contraria a las políticas que desee instrumentar y revela un enfrentamiento entre ambos órganos, que la propia Constitución formal determina cómo resolver. Es un instrumento importante de control entre órganos y para dirimir las diferencias que pueden existir entre ellos, dentro del sistema. También es un arma para influir en la voluntad legislativa.

En la constitución originaria, se regulaba el ejercicio de esta potestad y el procedimiento de revisión parlamentaria, sin prever la posibilidad de promulgación parcial de la parte de la ley que no había sido observada por el Ejecutivo. Esta práctica surgió en el desarrollo de nuestra vida institucional y su legitimación provino, como en los casos anteriores, de la jurisprudencia que fue trazando algunas pautas para admitir que su ejercicio resultaba acorde con la división de funciones de nuestra forma de gobierno.

Toda ley es el resultado de un juego de acuerdos entre los diferentes sectores políticos y de interés que tienen voz en el parlamento y la constitución le otorga a este órgano la función de debatir y sancionar las leyes –que no son otra cosa que las normas generales que regulan la vida de los habitantes y el ejercicio de los derechos– porque es el órgano de representación del pueblo y en él tienen cabida la pluralidad de voces de una sociedad. La elaboración de una ley necesariamente atraviesa un proceso de debate entre los distintos sectores representados y es la expresión de un consenso construido sobre concesiones y renunciaciones recíprocas. La ley además de un sistema armónico de normas es el fruto de un debate político, donde cada parte significa la expresión del todo y encierra el resultado de un diálogo y una negociación. La promulgación parcial de una ley le otorga al órgano ejecutivo la posibilidad de alterar ese consenso y, por ende, de torcer la voluntad legislativa en forma más profunda que la que su apariencia indica.

Conforme las pautas señaladas por la jurisprudencia y, pese a las críticas también recibidas con anterioridad a la reforma por el instituto, el constituyente de 1994 incorpora al art. 80 la potestad de la promulgación parcial

de leyes que somete a determinados requisitos, que pueden clasificarse de la siguiente forma:

- a) límites de carácter material: impone dos límites difusos, cuya ponderación le corresponderá al organismo de contralor y a la justicia, pues tanto la autonomía normativa como la alteración del espíritu y la unidad del proyecto, son conceptos sin contenido determinable previo y que dependerán de la interpretación de la ley,
- b) control formal posterior: el constituyente impone un sistema de control posterior que remite al procedimiento impuesto para los decretos de necesidad y urgencia; esto implica que el Jefe de Gabinete deberá someter el decreto a la Comisión Bicameral Permanente dentro de los diez días de firmado el decreto.

Si bien la norma sólo efectúa una remisión al procedimiento establecido por el art. 99 inc. 3 en la firma de los decretos de necesidad y urgencia, estimamos que esta exigencia incluye el requisito formal de que estos decretos de promulgación parcial de leyes sean avalados por la firma de la totalidad de los miembros del gabinete, tal como impone el artículo citado.

La promulgación parcial de una ley implica su efectiva vigencia a partir de la publicación, aunque esté sometida al rechazo por parte del Congreso. También su control puede ser ejercido por los jueces en uso de la atribución genérica del control de constitucionalidad y dado su carácter excepcional, esta interpretación debe efectuarse con carácter restrictivo.

III) Antecedentes en el derecho comparado

Las funciones colegislativas del Presidente antes transcritas reconocen antecedentes en el derecho comparado, que deben ser necesariamente comprendidas dentro de las formas de gobierno en que se desarrollan. Esta advertencia es necesaria pues el impacto que producen en un régimen parlamentario, donde la relación entre el órgano ejecutivo y legislativo es de mayor interdependencia y control, es diametralmente opuesta a su utilización en un presidencialismo, porque aquí las funciones son de coordinación y el ejercicio de estas facultades excepcionales puede conducir a la concentración de funciones en un solo órgano.

Pese a la observación realizada, considero útil ver cómo se ha resuelto en otros regímenes el ejercicio de estas facultades y la prudencia con que se han concebido aún en aquellos diseñados bajo un modelo diverso a nuestro sistema. Es interesante trazar un paralelo con la Constitución del Reino de España de 1978, por las afinidades históricas tanto pasadas como recientes y porque esa constitución fue el resultado de un pacto político entre las fuerzas mayoritarias luego de un largo período de enfrentamientos civiles y autoritarismo. “No nos ha ido tan mal. En política comparada, la transición española quedó magnífica”, afirma la constituyente María Izquierdo cerca de cumplirse el treinta y cuatro aniversario de su sanción (El País Semanal, 2/12/2012).

Tampoco podemos ignorar la influencia que el exitoso modelo constitucional español ha ejercido sobre el análisis político y constitucional de nuestro país. Bidart Campos afirma: “...La reforma (refiriéndose a la reforma argentina de 1994) ha incorporado normas expresas en tres puntos que carecían de ellas en el texto anterior, y que debido a esa ausencia dieron lugar a discrepancias en la doctrina, y soluciones coyunturales en la praxis y en la jurisprudencia de nuestra Corte. Se trata de los decretos de necesidad y urgencia, de la delegación legislativa a favor del Ejecutivo, y de la promulgación parcial de leyes. Sobre los decretos de urgencia y sobre la legislación delegada hallamos previsiones en la Constitución española (arts. 86 y 82, respectivamente)...” (Bidart Campos, “Reforma de 1994 y Constitución española”, en “La Constitución Reformada”, Ministerio del Interior, pp. 47-8).

a) Delegación Legislativa

La Constitución de España le dedica el extenso artículo 82 a la delegación legislativa, que es sometida a numerosos y claros requisitos para su ejercicio. El sujeto delegante son las Cortes Generales y el sujeto delegado el Gobierno. El constituyente le impone límites de diferente tipo y carácter:

- 1) límite material: no pueden ser objeto de delegación las leyes orgánicas relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en el texto constitucional en forma expresa;
- 2) límite temporal: es indispensable que la delegación contenga la fijación de un plazo determinado para su ejercicio, pero la delegación

se agota por el uso de la facultad que haga el Gobierno mediante la publicación de la norma delegada correspondiente; prohíbe la delegación implícita o por tiempo indeterminado;

3) límite formal para el acto de delegación: se debe otorgar mediante la sanción de una ley de bases cuando el objeto de la delegación sea la formación de textos articulados y mediante la sanción de una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo. Respecto de las leyes de base se impone que limiten con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio, les prohíbe autorizar modificaciones en la propia ley de bases y facultar al delegado para dictar normas con carácter retroactivo; la ley ordinaria para refundir textos legales, debe aclarar si sólo delega la facultad de ordenar en un texto único las leyes en cuestión o si también puede regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que ordena; también se prohíbe expresamente la subdelegación y la delegación a autoridad distinta del Gobierno;

4) límite formal para el acto delegado: las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos;

5) control posterior: además del control de constitucionalidad concentrado que establece la constitución y que hemos esbozado en el capítulo correspondiente, las leyes de delegación pueden establecer mecanismos específicos de control para cada caso.

Estimamos que las cláusulas en comentario evidencian el cuidado del constituyente en el otorgamiento de esta facultad, pese a que el Gobierno es electo por el Congreso y tiene responsabilidad política ante él, con las importantes atribuciones de control que la esencia de la forma de gobierno le impone.

b) Decretos de Necesidad y Urgencia

También esta facultad está regulada en el texto de la Constitución española de 1978, a la que dedica una extensa cláusula (art. 86) para fijar las condiciones de su ejercicio. Del análisis de la disposición constitucional citada surgen las siguientes limitaciones:

1) límite material: no pueden ser objeto de estos decretos-leyes el ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, la regulación de

los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, el régimen de las Comunidades Autónomas ni el derecho electoral general;

2) límites objetivos: sólo pueden utilizarse en caso de “extraordinaria y urgente necesidad”. La redacción de la norma destaca la excepcionalidad de la medida, pues requiere que la necesidad que se intenta responder con ella no sólo sea urgente sino también extraordinaria, es decir fuera del acontecer cotidiano de los requerimientos de la compleja sociedad contemporánea;

3) límites temporales: la medida siempre es provisional, no puede extenderse en el tiempo más de lo que dure el procedimiento de control que la misma norma establece;

4) requisito formal: asumen la forma de decretos-leyes;

5) sistema de control específico: deben ser sometidos en forma inmediata al debate y votación de la totalidad del Congreso de los Diputados, que se convocará al efecto si no estuviera reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a la promulgación del decreto; el Congreso debe pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario, pero dentro de ese plazo también las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley sometidos al procedimiento de urgencia.

Nuevamente observamos el cuidado del constituyente en someter a un ámbito restringido y a un proceso de control ineludible estas facultades excepcionales legislativas del órgano ejecutivo.

c) Promulgación parcial

Es interesante destacar que la facultad de veto se le otorga al Senado quien tiene un plazo de dos meses a partir de la recepción del proyecto sancionado por los Diputados para oponer su veto o introducir enmiendas, este plazo se reduce a veinte días en los proyectos que se tramiten por el procedimiento de urgencia. Pero este veto puede ser rechazado por el Congreso por una mayoría especial (absoluta) o por mayoría simple, si la ratificación se realiza luego de dos meses desde el ejercicio del veto.

La Constitución no contempla la promulgación parcial de leyes, porque la facultad de veto ha sido ejercida en la etapa previa. Este veto anterior a

la sanción permite impedir los inconvenientes que la promulgación parcial conlleva pues el control de su ejercicio es siempre posterior.

El derecho comparado exhibe numerosos casos de regulación de estas potestades, pero luego de analizar una constitución con una forma de gobierno diferente a la adoptada por nuestros constituyentes, nos parece conveniente analizar cómo están resueltas estas cuestiones en el modelo que adoptamos originariamente del constitucionalismo norteamericano. En primer lugar, aunque alteremos el orden expositivo anterior de estos institutos, creemos importante destacar que la promulgación parcial de leyes carece de regulación normativa en la constitución de Estados Unidos (conf. Badeni, Gregorio en “Sanción y promulgación parcial de la leyes”, en “Nuevas Perspectivas en el derecho constitucional”, Ad-Hoc, 2001, p. 27).

La delegación legislativa tampoco encuentra un andamiaje en el texto de la constitución norteamericana y ha sido una construcción de la jurisprudencia, que Pablo Manili describe con aguda síntesis, de la siguiente forma: “...En la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en cuyo sistema presidencialista se inspiró nuestro constituyente, la facultad del Presidente de reglamentar las leyes no está expresamente consagrada en el texto constitucional sino que es implícita. Aun así, ello no impidió que naciera y se fortaleciera una amplia teoría de la delegación legislativa, es decir una función más amplia que la de reglamentar la ley. La delegación legislativa en el ejecutivo se fue generalizando en ese país luego de haber pasado por las siguientes etapas: a) La facultad de constatar hechos: en los primeros tiempos, la Corte Suprema convalidó una serie de fallos, diversas delegaciones encubiertas practicadas por el Congreso, con la excusa que la ley era completa y que lo único que el Poder Ejecutivo hacía era declarar que habían ocurrido determinados hechos que incidían sobre la entrada en vigencia de la ley, pero con ello, abrió el camino a la convalidación de las delegaciones. B) La facultad de completar detalles de la ley: Éste fue otro recurso utilizado por el Congreso para delegar parte de su competencia, y no siempre a favor del departamento ejecutivo, sino también a favor del judicial: la ley contenía el marco normativo y las grandes pautas, y su “hilado fino” era completado por otro poder. C) El Congreso fija el estándar para que el Ejecutivo legisle. En esta tercera etapa el Legislativo simplemente fijaba la política a seguir, y el Ejecutivo legislaba dentro de ella. En síntesis: el estudio de la jurisprudencia norteamericana demuestra a las claras que en un sistema presidencialista y con una constitución que –como dijimos– no contempla las facul-

tades reglamentarias del presidente, la delegación legislativa goza de buena salud desde hace casi dos siglos...” (“La delegación de facultades legislativas en el ejecutivo”, en “Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Constitucional”, La Ley, 2002, p. 755)

En cuanto a los decretos de necesidad y urgencia, resulta necesario recordar que el rígido esquema de separación de poderes que fue aplicado en Filadelfia en 1787, esta potestad carece de regulación positiva. Sin embargo en el constitucionalismo material surgió la utilización excepcional de estas facultades, partiendo del concepto de “prerrogativa presidencial” elaborado por John Locke con anterioridad a la sanción de la constitución norteamericana y que expresa la necesidad de reconocer al órgano ejecutivo la potestad de actuar más allá de sus atribuciones cuando circunstancias excepcionales ponga en riesgo a la sociedad y a su sistema jurídico. Sin embargo, esta expresión y este concepto fueron utilizados en diversas ocasiones por los presidentes norteamericanos, siendo el primero en hacerlo Abraham Lincoln durante la guerra de secesión. La jurisprudencia de la Corte Suprema de ese país estimó que cuando está en juego la “preservación” de la sociedad puede el Presidente ejercer esa “prerrogativa, siempre que afecte a las relaciones exteriores y la seguridad del Estado. Pero también debe destacarse que el tribunal no lo admitió para la resolución de cuestiones referidas a la política interna, aunque fueran invocadas cuestiones de conexión remota con asuntos externos. Numerosos fallos ilustran el criterio desarrollado por este Tribunal a partir de la resolución del caso conocido como ‘Prize Cases’ (Egües, Alberto J., “Los decretos de necesidad y urgencia”, en Badeni, Gregorio, “Nuevas perspectivas del derecho constitucional”, pág. 81/87).

Vemos, entonces, que el trabajo efectuado por la jurisprudencia norteamericana permitió una adecuación de la forma de gobierno a las exigencias de la realidad, sin afectar en exceso el principio rector de la distribución de funciones y la consecuente separación de poderes que la lógica de la forma de gobierno requiere.

IV) Conclusión: la excepción es la regla

A dieciocho años de la regulación constitucional de estas medidas, comprobamos que el uso ordinario de estas facultades de excepción ha afectado sólidamente la distribución de funciones que es fundamento de nuestra forma de gobierno. El Poder Ejecutivo se ha convertido en el principal legis-

lador. La fijación de reglas para el ejercicio de esas potestades excepcionales no evitó su uso habitual ni continuo. La omisión en legislar la organización de la Comisión Bicameral Permanente afectó seriamente las bases fijadas por el constituyente para el ejercicio de las facultades en estudio y la demorada sanción de esa ley no implicó un funcionamiento efectivo el Congreso no ha ejercido los controles que el texto constitucional prevé y ha permitido, explícita o implícitamente, que lo extraordinario se convierta en ordinario.

Por el contrario, en los gobiernos surgidos del voto popular en el período posterior a la reforma, el Congreso sancionó leyes con amplias delegaciones legislativas. Durante la segunda presidencia de Carlos Menem fueron sancionadas las leyes 25.629 y 24.631, que se denominaron la “segunda reforma del Estado” que implicaron una transferencia de amplios poderes al Ejecutivo, que la ley denominó de carácter “administrativo”, con un uso muy amplio de este concepto (transferir y suprimir organismos, privatizar actividades relacionadas con la prestación de servicios, racionalizar el sector público nacional). La ley fue conocida con el nombre de “superpoderes”, por la potente suma de funciones que se trasladaban al Presidente. Igual criterio se utilizó durante la presidencia de Fernando de la Rúa mediante el dictado de una ley que recibió el mismo nombre y que llevó el número 25.414, de abril de 2001, con amplias facultades también para el Ejecutivo. En virtud de esa delegación se dictó en diciembre de 2001 el decreto 1570, por el cual se realizó la primera restricción de los depósitos bancarios. Durante la presidencia de Néstor Kirchner, mediante la ley de presupuesto para el año 2004, el Congreso otorgó amplias facultades al Jefe de Gabinete para modificar la asignación de partidas presupuestarias, con una amplitud desmesurada. Y esta decisión se reiteró en los años posteriores hasta el presente.

El abusivo uso de la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia, sin control efectivo alguno por parte del parlamento, ha quedado plasmado por un trabajo de los ya citados Delia Ferreira Rubio y Mateo Goretti, del Centro de Estudios para Políticas Públicas Aplicadas (Ceppa) y dado a conocer por la prensa (ver *La Nación*, 22/6/2004, pp. 1 y 7 del cuerpo principal). Este trabajo destaca que en el primer año de mandato, Néstor Kirchner ha superado a sus antecesores en el uso de esta facultad, pues firmó 67 decretos de esta naturaleza, sobre los más variados temas, pese a tener una cómoda mayoría en ambas cámaras del Congreso. Señala también que en el mismo período envió setenta y dos proyectos de ley para su tratamiento, hecho que demuestra que la facultad legislativa ha sido trasladada en los hechos al órgano ejecutivo,

con las consecuencias que ello ocasiona. En los dos mandatos de Cristina Fernández de Kirchner si bien disminuyó el número de decretos de necesidad y urgencia, la facultad legislativa del Ejecutivo ha continuado con intensidad y se ha utilizado para resolver circunstancias de extremo interés social.

Para evaluar la importancia que el uso abusivo de estas facultades produce sobre la división de poderes y la forma de gobierno, hay que recordar que: "...El sentido específico del principio de la división de los poderes no es el de una simple distribución de las funciones del Estado en distintos órganos, para el más eficiente desempeño de ellas, desde el punto de vista de la técnica, análogamente a la división del trabajo que se opera en la industria para lograr una mayor rendimiento. El principio se encamina a asegurar el goce efectivo de la libertad a través de la división o fragmentación del poder del Estado y de la existencia y el funcionamiento de diversos órganos gubernativos que, al desempeñar separada y coordinadamente las funciones estatales, se controlan y frenan recíprocamente, impidiendo que cada uno de ellos exceda su competencia constitucional con la supresión o detrimento indebidos de los derechos de los habitantes... Es la función de freno y fiscalización que cada uno de los órganos del gobierno ejerce con respecto a los otros órganos lo que más esencialmente caracteriza al principio de la división de los poderes, que de otra manera no pasaría de ser nada más que una mera clasificación de las funciones estatales de acuerdo con el precitado principio de la división del trabajo..." (Linares Quintana, Segundo "La interpretación constitucional", Depalma, 1960, pp. 313-4).

Con los datos antes expuestos, vemos que esta distribución no se cumple y el consentimiento de esta situación atenta contra la vigencia del estado de derecho porque las normas que regulan nuestra convivencia y el ejercicio de los derechos humanos de la población, no son fruto del debate entre las fuerzas representativas de la sociedad, sino de la decisión de la mayoría transitoria y de la presión que sobre ella siempre pueden ejercer más eficazmente los grupos corporativos para satisfacer sus intereses de sector y no el bien común.

La advertencia de los círculos académicos sobre esta circunstancia resulta indispensable para la preservación del orden democrático que el art. 36 de la Constitución Nacional exige, porque como bien señala Giorgio Agamben uno de los caracteres esenciales del estado de excepción es mostrar su tendencia a transformarse en duradera praxis de gobierno ("Estado de excepción", Adriana Hidalgo, 2004).

Recusaciones estatales masivas, justicia constitucional y sistema democrático

*Andrés Gil Domínguez**

I. Introducción

1. En los últimos tiempos, se observa por parte de distintos órganos estatales, el desarrollo de una estrategia procesal que tiene por objeto promover recusaciones masivas de los magistrados y magistradas en fueros cuya misión esencial es controlar la constitucionalidad y convencionalidad de los actos u omisiones estatales.

Dicha práctica, implica un evidente posicionamiento respecto del rol que cumple el Poder Judicial en el marco de la democracia constitucional argentina y el valor que se le asigna a la Constitución y a los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional.

El objeto del presente artículo es analizar las distintas respuestas que se vienen articulando frente a esta nociva práctica procesal, que en el fondo, conlleva el intento de imponer una visión decisionista que reconoce solamente como fuente de legitimación la voluntad popular de origen sin ninguna clase de límites normativos que transforma a la Constitución en una “mera hoja de papel” rellena a placer por el líder de turno en comunión directa con el pueblo que lo elige.

* Doctor y Posdoctor en Derecho, UBA. Profesor de grado, posgrado y doctorado en derecho constitucional, UBA. Autor de libros y artículos.

II. Los derechos económicos, sociales y culturales y la recusación estatal

2. La Corte Suprema de Justicia en el caso “*Q. C. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*”¹ estableció que los derechos económicos, sociales y culturales tienen fuerza normativa y presentan una operatividad derivada, en la medida en que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado que requieren, en principio, su implementación mediante una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación.

El art. 75 inciso 23 de la Constitución argentina establece que los ancianos como grupo vulnerable deben contar con acciones positivas que garanticen la igualdad real y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos. Por ende, si bien el Poder Legislativo titulariza la potestad legislativa a tal efecto, los demás poderes constituidos también están obligados a promover el bienestar igualitario de dicho sector.

La consumación de acciones positivas también proyecta al ámbito jurisdiccional, de forma tal, que en los casos en donde se deban adoptar decisiones tuitivas efectivas en torno a cualquier aspecto vinculado a la ancianidad tiene que prevalecer un criterio rector *pro homine*.

3. En el marco de las obligaciones asumidas al ratificar la Convención Americana sobre derechos humanos, el Estado argentino arribó a un acuerdo de solución amistosa respecto de un procedimiento tramitado ante la Comisión Interamericana de derechos humanos (“*Amilcar Menéndez, Juan Ramón Caride y otros vrs. Argentina*”)² mediante el cual se estableció: “1. En tal sentido, el Estado argentino –a través de la Administración Nacional de Seguridad Social– se compromete a adoptar todas aquellas medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las resoluciones y normativas dictadas con motivo de este proceso de solución amistosa, mencionadas en el apartado anterior. En particular, estas medidas deben incluir: a) Dar estricto cumplimiento a la totalidad de las previsiones contempladas en la

1. CSJN Fallos Q. 64. XLVI, 24 de abril de 2012.

2. CIDH Informe N° 168/2011.

Resolución de la Secretaría de la Seguridad Social N° 23 de 2004, complementada por la Resolución de la Secretaría de la Seguridad Social N° 955 de 2008 (con vigencia desde el 13/18/12008), que se adjunta al presente acuerdo. Especialmente aquella que establece que todas las sentencias judiciales aún pendientes de ejecución, salvo disposición en contrario contenida en la propia sentencia judicial firme, deben ser cumplidas sin otras limitaciones más que aquellas dispuestas en la norma, en concordancia con las disposiciones de la Circular 1. Toda otra limitación introducida por vía de interpretaciones infranormativas no será aplicable; b) Instrumentar un sistema de liquidación de sentencias judiciales que garantice el cumplimiento de las decisiones en los términos y plazos especificados en el propio fallo judicial firme; c) No apelar las sentencias judiciales de primera o segunda instancia que hubieran sido favorables a los beneficiarios, en supuestos de hecho en los que la Corte Suprema ya se ha expedido; d) Desistir, dentro de los sesenta (60) días corridos de la firma del presente acuerdo, de los recursos judiciales que ya hubieran sido presentados ante la Corte Suprema o ante la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, contra sentencias favorables a los beneficiarios, en los supuestos de hecho en los que la Corte Suprema ya se ha expedido en casos similares. 2. El Estado argentino se obliga a establecer un mecanismo de seguimiento periódico del cumplimiento de los compromisos asumidos en este acuerdo, en el que participen las distintas agencias públicas involucradas, y que sea coordinado por la Cancillería argentina. Salvo petición especial de cualquiera de las partes, las reuniones de trabajo se llevarán a cabo bimestralmente, en la sede de la Cancillería argentina. 3. Este mecanismo incluirá la producción y sistematización periódica –cada seis meses– de información fundamental para tal fin, con respecto de los puntos comprometidos en el presente acuerdo: a) las liquidaciones de sentencias judiciales; b) los casos apelados por ANSES; c) los casos desistidos por ANSES ante la Corte Suprema; y d) el cumplimiento de las sentencias judiciales aún pendientes de ejecución”.

Dicho acuerdo amistoso, forma parte de las condiciones de validez dinámicas directas emergentes del art. 75 inciso 22, con lo cual, no sólo presenta la condición de una obligación internacional sino también una obligación emergente de la supremacía constitucional.

4. En cumplimiento de dichas obligaciones, la Sala II de la Cámara de la Seguridad Social adoptó una práctica judicial garantista de los derechos

de la seguridad social frente a las conductas de la ANSES en torno al cumplimiento de las obligaciones constitucionales e internacionales vigentes.

La respuesta estatal fue promover una estrategia de recusación estatal masiva de dos integrantes de dicha Sala, en todos los procedimientos en que dicho organismo fuera demandado (lo cual configura un 90 % de las causas que tramita en el fuero).

5. El instituto de la recusación, si bien tiene por objeto garantizar la imparcialidad del juez actuante, presenta una naturaleza restrictiva y taxativa para evitar que su abuso se transforme en un ariete que –bajo la dispensa de las formas procesales– atente contra la independencia del Poder Judicial. Y esta característica se acentúa cuando se trata de relaciones verticales (de las personas con el Poder) en donde el sujeto demandado es justamente el Estado. En dichos supuestos, sobre la base del principio *pro homine*, las causales de recusación operan con mayor amplitud para la persona que para el Estado. El solo hecho de ejercer el control de constitucionalidad seguramente generará en los gobernantes sentimientos hostiles para los jueces. Es parte de la historia de la humanidad que al Poder no le gusta ser controlado (aunque nunca lo reconozca expresamente). Lo que no puede ser parte de la historia constitucional moderna, es que se acepten conductas estatales que bajo un falso ropaje formal, retraen la jurisdicción garantista del sistema de derechos en donde convergen la Constitución y los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos.³

Cuando el Estado propone como estrategia judicial general las recusaciones masivas de los magistrados que deben controlarlo, realiza un claro abuso derecho público que deriva inexorablemente en un vaciamiento de jurisdicción de cuestiones esencialmente vinculadas a la justicia constitucional y en una violación de las garantías de imparcialidad y del juez natural. Esta clase de planteos deviene en “recusaciones destituyentes” que tratan de obtener mediante la desnaturalización de un instrumento procesal los mismos efectos que se alcanzarían mediante una sentencia condenatoria emergente de un juicio político. De esta manera, se tergiversa la garantía del debido proceso del juez actuante, el cual recibe una “condena fáctica”

3. Ver Gil Domínguez, Andrés, “Justicia constitucional y recusación”, La Ley 2008-E-1379.

sin poder defenderse o sin que el Estado le pueda imputar ninguna de las causales previstas por la Constitución.

Es erróneo analizar recusaciones masivas estatales (aun cuando fueran sin causa) ubicándolas en un plano argumental meramente procesal, sin avizorar un contexto más amplio vinculado con la plena eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales relacionados directamente con un grupo vulnerable. No sólo porque se soslaya la división de poderes y la independencia judicial, sino también, porque dicha postura implica una evidente conducta regresiva prohibida por el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales⁴ que desconoce un claro mandato convencional. ¿O acaso se cumplen con las obligaciones jurídicas específicas emergentes del mencionado Instrumento Internacional respecto de la seguridad social propiciando mecanismos procesales espurios que no protegen ni respetan los derechos de los más débiles?

6. Es irrazonable pensar que cuando el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales obliga a los Estados partes a recurrir a “todos medios apropiados” para garantizar el derecho a la seguridad social, pueda aceptarse que el mecanismo de recusaciones masivas estatales no atenta directamente contra dicho mandato.

La ecuación es muy simple: o prevalece la Constitución y los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos o las recusaciones destituyentes harán nido en el ordenamiento jurídico argentino en desmedro de aquellos grupos a los cuales el Convencional Constituyente de 1994 intentó proteger especialmente de la anomia, voracidad y desprecio estatal.

III. La ley de servicios de comunicación audiovisual y la recusación estatal

7. En el marco de la causa “Grupo Clarín” donde se debate la constitucionalidad de los arts. 41, 45, 48 (segundo párrafo) y 161 de la ley de servicios de comunicación audiovisual (ley 26.552), el Estado nacional amplió la estrategia recusatoria empleada en el fuero de la Seguridad Social e

4. Ver Comité de derechos económicos, sociales y culturales, Observación General N° 19, párrafo 42.

interpuso recusaciones a varios jueces de primera instancia del fuero Civil y Comercial federal, y en un hecho inédito en casi treinta años de democracia, recusó a toda la Cámara de Apelaciones de dicho fuero.

Dicha circunstancia posibilitó que la Corte Suprema de Justicia se expidiera frente a la promoción de un recurso de queja por denegación de justicia interpuesto en los términos previstos por el art. 24 del decreto 1285/58 y sostuviera en el campo de una evidente denegación de justicia que las recusaciones debían ser resueltas a los efectos del dictado de una sentencia de fondo por parte del juez de primera instancia o de la resolución de la ampliación de la solicitud de la medida cautelar que oportunamente la justicia le había concedido al Grupo Clarín.⁵

Conforme a lo resuelto por el Alto Tribunal, en tiempo celeré, se resolvieron la totalidad de las recusaciones y se reestableció la competencia y jurisdicción de los jueces naturales (esto es la Sala I del tribunal de alzada), ante lo cual, el Estado interpuso nuevamente por vía de una revocatoria una nueva recusación masiva de los integrantes de la Cámara que fue rechazada sin más trámite.

IV. Las respuestas de la justicia constitucional proyectadas a la totalidad del sistema institucional

8. Ante la situación descripta se suscitaron desde el ámbito de la justicia constitucional dos clases de respuestas (una jurisdiccional, la otra institucional) que reivindicán el rol esencial que cumple el control de constitucionalidad y de convencionalidad de las normas en el Estado constitucional de derecho, sino también, garantiza la independencia del Poder Judicial dinamizada por la expresa prohibición constitucional que le impide al Poder Ejecutivo arrogarse facultades judiciales.

9. La respuesta proveniente de la justicia constitucional emanó de la Corte Suprema de Justicia cuando en el caso “*Aguilera Gruesso*”⁶ la ma-

5. CSJN Fallos G. 1074. XLVIII, 27 de noviembre de 2012.

6. CSJN Fallos A. 41. XLVIII, 4 de diciembre de 2012.

yoría⁷ del Alto Tribunal sostuvo que las recusaciones masivas de magistrados y magistradas que tienen por función controlar la constitucionalidad y convencionalidad de los actos u omisiones estatales se transforman en una “suerte de sanción que carece de sustento fáctico y marco normativo”.⁸ De esta manera, el Alto Tribunal generó una respuesta contundente respecto de las recusaciones masivas interpuestas por la ANSES contra dos camaristas del fuero de la Seguridad Social que impacta favorablemente sobre los derechos económicos, sociales y culturales de los jubilados que deben recurrir a la justicia, frente a un plan sistemático de litigiosidad eterna similar al empleado durante la década del noventa, al cual eufemísticamente se lo llamó “la solución final” puesto que tenía por objetivo que la finitud de encargara de impedir el pago de las acreencias previsionales.

También expresó que la creación de este mecanismo espurio crea “un problema institucional que no cabe minimizar, pues el fuero se encuentra abrumado por la litigiosidad y el efecto nocivo derivado de estos planteas afecta el apropiado funcionamiento del sistema de justicia, además de causar perjuicios a los demandantes en procesos en que se debaten cuestiones de naturaleza alimentaria”.⁹

Por último, enunció que “un ejercicio masivo del instituto de la recusación sin expresión de causa, desnaturaliza los propósitos y fines para los que fue concebido y ocasiona múltiples perjuicios a los justiciables. Se configura así un abuso del proceso que los jueces no deben tolerar, ya que el ordenamiento les impone el deber de dirigir el procedimiento señalando los actos que desvirtúan las reglas o generen situaciones irregulares o de marcada anormalidad”.¹⁰

10. La respuesta institucional provino de un pronunciamiento emitido por la Comisión Nacional de Protección de la Independencia Judicial¹¹

7. Integrada por Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Argibay. Con la solitaria e incomprensible disidencia de Zaffaroni sin expresar fundamento propio y adhiriendo al dictamen del Procurador General.

8. Considerando 11.

9. Considerando 12.

10. Considerando 14.

11. El día jueves 6 de diciembre de 2012.

en donde expresamente exhortó a al Poder Ejecutivo Nacional “a cumplir estrictamente con el artículo 109 de la Constitución Nacional y a ejercer sus facultades como poder del Estado dentro del marco de las reglas procesales, evitando el uso de mecanismos directos o indirectos de presión sobre los jueces que afecten su independencia”. Entre dichos mecanismos se encuentra la política de recusaciones masivas de magistrados y magistradas.

También en resguardo de la independencia del Poder Judicial exhortó “a titulares de medios de comunicación públicos y privados a ejercer el derecho de crítica sobre la base de opiniones y argumentaciones, evitando el agravio personal o familiar, siendo mesurados y prudentes al imputar faltas éticas o criminales que luego quedan en la nada, pero que lesionan gravemente a las personas y sus familias”.

V. A modo de conclusión

11. La política de recusaciones masivas por parte del Estado, desconoce la naturaleza del instituto e implica el ejercicio de una práctica anómica que consiste en un abuso de la legitimidad popular de origen que hunde sus raíces en un modelo populista que intenta desconocer los límites impuestos al poder desde el control de constitucionalidad como un elemento fundante del Estado constitucional de derecho. Un claro ejemplo de uso de teorías contraconstitucionales que eliminan toda clase de atisbo de fuerza normativa a la Constitución y le otorgan a los jueces el rol de meros subsumidores de hechos en normas sin capacidad para interpretar y aplicar las normas constitucionales en un caso concreto.

Las respuestas emanadas de justicia constitucional y de los mecanismos institucionales implican una clara reafirmación del valor de una Constitución en un Estado constitucional de derecho, demostrando que una de sus máximas está plenamente vigente: que lo instrumental (como sinónimo de garantías procesales) está al servicio de lo estructural (como sinónimo del sistema de derechos). Por ende, ha quedado lo suficientemente claro que las recusaciones estatales masivas a jueces y juezas que deben controlar al poder desconocen los cimientos normativos básicos del Estado constitucional de derecho e intentan transformar al Poder Judicial en un mero apéndice del Poder Ejecutivo y a la Constitución en una pieza decimonónica de un rancio decisionismo que tanto daño hizo en un pasado no tan lejano.

Salus populi: Estado de excepción o razón de Estado en la salvación de la comunidad

Omar Darío Heffes*

I.- Introducción

Dentro del pensamiento político occidental, la limitación del gobierno se presenta como un problema central, dado que, en definitiva, se pretende restringir el ejercicio de poder. A lo largo de la historia se pueden encontrar distintas formas de plantear esta cuestión, y un ejemplo de ello, prácticamente la raíz de todo ese planteamiento, podría ser el aforismo *Ollis salus populi suprema lex esto* que ha sido formulado por Marco Tulio Cicerón, pero que, y justamente he aquí su importancia, ha sido repetido de manera insistente a lo largo del tiempo. Así por ejemplo, fue utilizado por autores diversos como Bodin, Hobbes, Locke o en la *L'Encyclopédie*. A pesar de esta sucesiva aparición, el aforismo no fue utilizado y entendido siempre de la misma forma, por ello a fin de poder comprender cómo se estructura dicha frase en cada momento histórico se debe preguntar qué relación existe en cada momento particular entre el gobierno y la posibilidad del desarrollo de su limitación.

Para realizar esta tarea se utilizará el marco conceptual de Michel Foucault que a través de la categoría *gubernamentalidad* intentó dar cuen-

* Doctorando de la Facultad de Derecho, UBA y de la Facultad de Ciencias Sociales, UBA. Docente e investigador de la Facultad de Ciencias Sociales y docente del Ciclo Básico Común, UBA. Profesor Adjunto e Investigador de la Universidad Nacional de Lanús. Profesor de la Maestría de Derechos Humanos en la Universidad Nacional de La Plata.

ta, justamente, de esta relación durante la modernidad. Este término fue un neologismo inventado por Foucault que sirvió para explicar la tendencia, la línea de fuerza, que, en todo Occidente, no dejó de conducir, y desde hace mucho hacia la preeminencia del tipo de poder que podríamos llamar 'gobierno' sobre todos los demás: soberanía, disciplina, y que indujo, por un lado, el desarrollo de toda una serie de aparatos específicos de gobierno, [y por otro] el desarrollo de toda una serie de saberes. (...) [E]l proceso o, mejor, el resultado del proceso en virtud del cual el Estado de justicia de la Edad Media, convertido en Estado administrativo durante los siglos XV y XVI, se 'gubernamentalizó' poco a poco.¹

Es claro que según esta definición, en el momento de aparición del aforismo, por lo menos en términos foucaultianos no se puede hablar de una *gubernamentalidad*, sino, y por el contrario, está jugando, en forma directa, el problema de la ley. La *salus populi*, tal y como veremos, se transforma en una Ley suprema y que funciona como un problema jurídico. Es decir, en el desarrollo de Cicerón se está formando una cuestión con una inteligibilidad basada en el discurso jurídico, pero por el contrario tal y como demuestra el concepto *gubernamentalidad* desarrollado por Foucault, el problema del gobierno irá variando dado que aparece en Occidente, la cuestión central de la población y su gobierno, pero además el Estado jurisdiccional se transformará en un Estado administrativo.

En el desarrollo del presente trabajo intentaremos ver cómo en las diferentes formas de construir este aforismo, en las diferentes maneras del desarrollo de cada inteligibilidad se puede ver este cambio a través de un pasaje de la construcción jurídica de Cicerón, para un cambio fundamental en Bodin y los pensadores que desarrollaron el problema de la razón de Estado desde el siglo XVI en adelante. Para ello será necesario plantear el alcance del desarrollo ciceroniano en su contexto y luego pensar el surgimiento del Estado absolutista y la razón de Estado.

1. FOUCAULT, M., *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, Buenos Aires: F.C.E., 2004, p. 36.

II.- La salus populi como mecanismo de excepción

En Roma, según la tradición, su primer rey Rómulo abre un periodo gobernado por la monarquía hasta que “[l]a monarquía arcaica fue derrocada por una nobleza en la primerísima fase de su existencia, a finales del siglo VI a. C.”.² A partir de ese momento, tal y como sostiene Anderson, Roma conoció un gobierno aristocrático que no fue desplazado por ninguna reforma de estilo helénico. La república, forma posterior a la monarquía, estuvo dominada por el Senado que era controlado por un pequeño grupo de patricios. En la última etapa de la república, luego de la conquista del Mediterráneo, con la expansión de la economía, apareció el derecho civil “con toda su unidad y singularidad”.³ Con este desarrollo se lleva a cabo una conceptualización jurídica de una propiedad absoluta que implicó una innovación respecto de la concepción de otras civilizaciones. La estructura de la república en los últimos siglos no implicó una democratización al estilo helénico, sino, por el contrario, el mantenimiento del poder de las clases poseedoras.

A grandes rasgos, en ese contexto, Marco Tulio Cicerón, pensador romano del siglo I A.C., desarrolló su filosofía moral y política basada en la defensa de la república y sus leyes. Si se recurre a la obra de Cicerón se puede encontrar la preocupación sobre el papel de la ley y cuál es la tarea del gobernante ante ella, es decir, se podría sostener, a grandes rasgos, que lo político está relacionado íntimamente con lo jurídico dado que lo jurídico implica la propia modulación del gobierno. Es por eso que, por ejemplo, en su obra *De las leyes (De legibus)*, sostiene que deben existir dos magistrados que tengan un imperio regio, es decir, dos magistrados con una doble supremacía: el mando del ejército y la responsabilidad suprema. Esta clase de magistrados tenían un régimen que:

Tanto en su acción cotidiana en [la] que operan, cada uno dentro de sus competencias propias alternándose de común acuerdo en el gobierno de cada sector de la administración, o según los relevos a lo largo del año para el que han sido nombrados; o bien en circunstancias extremas en que uno de

2. ANDERSON, P., *Transiciones de la antigüedad al feudalismo*, México: Siglo XXI Editores, 1997, p. 48.

3. *Ibidem*, p. 61.

ellos o un tercero, operan como *Dictator*, *Magister populi*, *Interrex*, *Consul sine collega*, etc. con mando unipersonal.⁴

Las particularidades de la magistraturas son: “temporaneidad (en oposición a la duración vitalicia de la realeza); responsabilidad (después del vencimiento del cargo); colegialidad (en oposición a la unicidad del *rex*); gratuidad; sometimiento de las decisiones del magistrado, cuando se refieren a la vida del ciudadano, y en ciertos casos también a su patrimonio, a la *provocatio ad populum*”.⁵ Es posible distinguir entre magistraturas ordinarias y extraordinarias, siendo las ordinarias las que integraban la estructura normal de los asuntos de la República, tales como el consulado, la pretura, la edilidad curul. Las extraordinarias eran las que surgían en casos excepcionales o en circunstancias especiales. De estas últimas “sobresale la dictadura (...). La nominación de un dictador hacía considerar suspendidas además las garantías a favor de los ciudadanos, (...) el recurso a un *dictador* determinaba la caída de las diferencias entre *imperium domi* (...) e *imperium militiae*, tendencialmente ilimitado”.⁶ El dictador era nombrado *magister populi* ya que de esta manera ejercía su cargo militar que le permitía el ejercicio del *imperium militiae*. En el caso del *Consul sine collega* se da una situación similar al caso de la dictadura, ya que los magistrados, que eran nombrados de a dos, no ejercían su cargo de manera conjunta sino que al estar uno de ellos en funciones, el otro se encontraba en receso, pero este último contaba con el veto respecto de las decisiones del primero (*intercessio*). El *Consul sine collega* no contaba con esta limitación. Por último, en el caso del *interrex*, “cuando por muerte o por cualquier otra razón no hubiese ya en la ciudad ni cónsul ni magistrado alguno (salvo los representantes de la plebe), los *patres auctores* (o sea, el grupo de los senadores que pertenecían a una familia consular, en oposición a los *patres conscripti*) nombraban un *interrex*, que aseguraba la continuidad del poder”.⁷

4. SANCHEZ DE LA TORRE, A., “El objeto de la legalidad en la expresión *salus populi suprema lex esto*” en *Cuadernos de filología clásica. Estudios latinos* N° 12, 1997, p. 41.

5. BOBBIO, N. et al., *Diccionario de Política*, México: Siglo XXI Editores, 2007, p. 1394.

6. *Ibidem*, p. 1395.

7. AGAMBEN, G., *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*, Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2005, p. 145.

La dictadura, quizás el caso más paradigmático de las magistraturas extraordinarias, duraba seis meses “pero antes del transcurso de este plazo, [el dictador] resignaba su dignidad, al menos con arreglo al loable uso de los viejos tiempos republicanos, si había ejecutado su misión. No estaba ligado a las leyes y era una especie de rey, con poder ilimitado sobre la vida y la muerte”.⁸ Por esta razón, Cicerón plantearía una especie de cortapisa jurídica a esta autoridad suprema de los magistrados sosteniendo que “para ellos la salud del pueblo [debe ser] la suprema ley”.⁹ Pareciera que Cicerón está sosteniendo un cuestionamiento al gobierno.

Tal y como se ha dicho, la frase que se encuentra originalmente en latín, reza de la siguiente manera: *Ollis salus populi suprema lex esto*. La fórmula *Ollis... esto* implicaba una conminación, una orden que debía ser cumplida. *Ollis* es un arcaísmo del pronombre *illis* y *esto* es el verbo ser conjugado en forma impersonal y actúa como la parte más relevante de la conminación y puede ser traducido como “así sea”. Evidentemente esta frase es una orden dada al magistrado, sea cual sea las características de su mandato.

La primera cuestión que aparece claramente es la utilización del término *salus*. *Salus* no puede ser traducido sin tener en cuenta el tinte religioso que posee. Tal y como sostiene Hannah Arendt, en Roma “[l]a religión era el poder que otorgaba seguridad a la fundación [de una *civitas*] al proporcionar un lugar donde los dioses pudiesen habitar entre los hombres”¹⁰ y Giorgio Agamben sostiene que “los romanos consideraban la esfera de lo

8. SCHMITT, C., *La dictadura desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid: Alianza Editorial, 2007, p. 34.

9. CICERÓN, *De las leyes*, III, 3, 8.

10. ARENDT, H., *La promesa de la política*, Barcelona: Paidós Ibérica, 2008, p. 86. Schiavone sostiene que en la misma época, las *leges sacratae* no obstaculizaban la conexión con el plano religioso, “evidente en el reclamo de *sacer*, se lo puede interpretar como un intento de poner el nuevo poder político, de perfil todavía frágil, al reparo de los mecanismos consolidados de la más antigua mentalidad ciudadana” (SCHIAVONE, A., *Ius. La invención del derecho en Occidente*, Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora 2009, p. 113). “La religión romana había nacido y se había desarrollado en íntima unión con la ciudad y con todo el sistema romano, y no era otra cosa que el reflejo piadoso de la asociación ciudadana” MOMMSEN, Th., *Historia de Roma. Libro IV. La revolución*, Madrid: Turner, 2003, p. 436.

sagrado como parte integrante del derecho”.¹¹ Es cierto que sagrado y religioso no son sinónimos, sin embargo, existe una relación intrínseca dado que “la cosa religiosa, como la cosa sagrada, está sometida a una serie de prescripciones rituales que la vuelven inviolable y que es necesario observar escrupulosamente”.¹² Teniendo en cuenta esto, *Salus* es la divinidad de la salud y de la conservación, pero además el término significa salvación. *Salus* está íntimamente relacionada con la vida y la muerte, con la conservación de la vida, no sólo a través de la salud o la higiene.¹³ *Salus* hace estricta referencia a *iuris, libertatis, fortunarum*, es decir, está dada por la salvación o la conservación del derecho, de la libertad o de los bienes.

Tal como recuerda Foucault, en su curso de los años 1981-1982, el término griego para *salus* es *soteria* (salvación) y el verbo *sozein* (salvar). Foucault lo analiza de la siguiente manera:

Sozein (salvar) es ante todo librar de un peligro que amenaza. Se dirá, por ejemplo: salvar de un naufragio, salvar de una derrota, salvar de una enfermedad. *Sozein* quiere decir también (segundo gran campo de significaciones) guardar, proteger, disponer alrededor de una cosa una protección que le permitirá mantenerse en el estado en que se encuentra. (...). En tercer lugar, en un sentido próximo pero más moral, *sozein* quiere decir conservar, proteger algo como el pudor, el honor o eventualmente el recuerdo. (...) Cuarta significación: el sentido jurídico. Para un abogado, por ejemplo (o, en todo caso, para cualquiera que habla por otro), salvar [a alguien] es naturalmente hacerlo escapar a la acusación formulada contra él. Es, al mismo tiempo, blanquearlo. Es mostrar que es inocente. En quinto lugar, *sozesthai* (forma pasiva) quiere decir en ese momento ser salvado, o sea: subsistir, mantenerse tal como uno era en el estado anterior (...) Sexto y último, *sozein*

11. AGAMBEN, G., *El sacramento del lenguaje. Arqueología del juramento. Homo sacer, II*, 3, Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editores, 2010, p. 33.

12. *Ibidem*, p. 39.

13. Higiene proviene del nombre de la diosa griega de la salud *Hygea*. *Hygea* es pensada como diosa de la sanidad y la curación y el culto de *Salus* tiene relación no sólo con la curación sino con la salvación y conservación de las personas o de la comunidad, sentido que no se encuentra en *Hygea* (Cfr. GRIMAL, P., *Diccionario de mitología griega y romana*, Buenos Aires: Paidós, 1997, p. 473).

tiene un sentido aún más positivo, y quiere decir: hacer el bien. Significa asegurar el bienestar, el buen estado de algo, alguien o una colectividad.¹⁴

Algunos de estos sentidos están puestos en juego en la *salus* ciceroniana. Tanto la idea de proteger, conservar, mantener a través de la ley y la búsqueda del buen estado de la colectividad juegan de manera conjunta, es por ello que la *salus* para Cicerón funcionará como un problema providencial. Una providencia entendida pragmáticamente que recae “sobre una persona cualificada, y que se atribuye, a sí misma, autoridad para tomar las decisiones ‘previstas’, ‘provisoras’ o ‘providenciales’, cuya índole nos hace pensar que se trate de alguien que dispone de poder absoluto”.¹⁵ La referencia a la providencia con sede en una sola persona recuerda las últimas palabras del Libro XII de la *Metafísica*,¹⁶ en donde Aristóteles citando la *Iliada* se opone al “dualismo platónico” con un estricto monarquismo.¹⁷ La relación con el desarrollo aristotélico debe ser destacada ya que la forma en que se presenta esta providencia tiene que ver con la existencia de un orden de todas las cosas en pos de un fin único, el bien común y éste orden se desarrolla y “ocurre como en una familia”,¹⁸ reminiscencia directa a la cuestión del *oikos*, vale decir a una *oikonomia* relacionada con la gestión de los bienes privados y, por consiguiente, en el sentido aristotélico del vivir y que se choca con la problemática de la *polis*, al tratar de instituir una unidad metafísica que deviene en unidad política al final del libro XII. Filón de Alejandría sostiene que el verso de la *Iliada* citado por Aristóteles debe entenderse como la institución de un solo soberano, príncipe y rey que pueda controlar y administrar el Universo.¹⁹ En el caso de Cicerón, esta providencia no sólo surge por la fuerza de la situación en la tarea de un buen administrador de bienes pri-

14. FOUCAULT, M., *La hermenéutica del sujeto. Curso en el Collège de France (1981-1982)*, México: F.C.E., 2002, p. 181-183.

15. SANCHEZ DE LA TORRE, A., “El objeto de la legalidad en la expresión *salus populi suprema lex esto*” en *op. cit.*, p. 46.

16. “No es bueno que gobiernen muchos. Sea uno el que gobierne” ARISTÓTELES, *Metafísica*, 1076a.

17. Cfr. PETERSON, E., *El monoteísmo como problema político*, Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 52.

18. ARISTÓTELES, *Metafísica*, 1075a, 15.

19. Cfr. PETERSON, E., *El monoteísmo como problema político*, *op. cit.*, p. 60.

vados, tal y como es el Emperador, sino también por la fuerza de la necesidad que obliga a tomar una decisión trascendental y de máxima urgencia.²⁰

Pero es justamente, en ese punto, en que lo providencial cobra sentido, ya que es la conservación y la salvación del bien común, es decir, lo que se encuentra en juego es la propia comunidad, y esto es así dado que no hay vida posible fuera de la comunidad porque ésta debe ser pensada “como una reunión de familias o como una familia en grande”²¹, de esta manera se entiende la combinación posible de una monarquía que organice todo como una familia. La tarea de conservación de la comunidad implica que las tareas de la esfera doméstica sean realizadas y se articulen con las tareas propias de la *polis*, la providencia en el sentido aristotélico es la posibilidad de que esos sentidos se articulen de manera directa y provean al bien común.

La *salus* debe ser entendida, entonces, como un problema que surge en la comunidad, por eso su interrelación con el término *populi*. *Populus*, al igual que el término pueblo en la actualidad,²² es un concepto que tiene en latín variada significación, puede designar al conjunto de los ciudadanos, como también al “populacho”. Esta ambigüedad que parece ser intrínseca en el vocabulario político podemos despejarla, en el uso ciceroniano si nos remitimos a otra obra suya, en su *De la república*, en donde sostiene que el *populus* “no es toda reunión de hombres congregados de cualquier modo, es la reunión de la multitud formada como una sociedad con un derecho consentido y con objeto de utilidad común”.²³ Cicerón destaca que el pueblo es una reunión dada dentro de una república, una reunión por “el interés común y, sobre todo, el consenso a una ley común, a aquel derecho sólo a través del cual una comunidad afirma su justicia”, puesto que “[l]a república (...) absorbe dentro de sí al pueblo, y de algún modo lo identifica con él”.²⁴ Cicerón concluía oponiendo la República no ya a la monarquía, sino a los

20. Cfr. SANCHEZ DE LA TORRE, A., “El objeto de la legalidad en la expresión *salus populi suprema lex esto*” en *op. cit.*, p. 46.

21. BOBBIO, N., “El modelo iusnaturalista” en BOBBIO, N., BOVERO, M., *Origen y fundamentos del poder político*, México: Editorial Grijalbo, 1985, p. 74.

22. AGAMBEN, G., *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia: Pre-Textos, 1998, p. 224-229.

23. CICERÓN, *De Republica*, I, 25 (traducción propia).

24. SCHIAVONE, A., *Ius. La invención del derecho en Occidente*, *op. cit.*, p. 151.

gobiernos injustos²⁵ y, además, Cicerón capta el valor de la *lex* al entenderla como el mecanismo necesario para dirigirse a todos con una única e idéntica voz.²⁶ Es por eso que Cicerón en *Catilinarias* sostiene que “[n]unca más el supremo interés [*summa salus*] del Estado [*rei publica*] debe ser puesto en peligro por un solo hombre”.²⁷ En el original, los términos *salus* y *rei publica* demuestran, en forma evidente, que lo que se pone en juego en esta salvación es la existencia misma de la cosa pública, la existencia misma de la comunidad.

Para la existencia de la *salus* es necesaria la existencia de la ley, sin ley o fuera de la ley no puede existir la conservación de la comunidad. Por eso la expresión ciceroniana: la mente, el alma, el parecer y la opinión de una ciudad residen en la ley.²⁸ Es por ello que la segunda parte del aforismo al que nos referimos coloca a una *lex* que puede permitir la *salus populi*, una ley es solamente la que puede posibilitar que la salvación de la ciudad, de la comunidad romana, de la república, sea posible. Por eso *suprema lex*, esta ley es suprema en tanto y en cuanto lo que se está poniendo en juego es la propia salvación de la ciudad, vale decir, la *salus populi* es lo que modula y le da contenido a la *lex* y la convierte en *suprema*. Es ahí en donde la cortapisa jurídica no es un control o una disminución de la posible actuación del magistrado sino su puesta en ejecución por la determinación de un estado de excepción. La salvación de la comunidad no funciona como un control sino como una permisividad en pos del mantenimiento del pueblo como comunidad política. Si el senado romano en su *auctoritas* tiene “una fuerza que suspende la *potestas* donde ésta tenía lugar y la reactiva allí donde ésta ya no estaba en vigor”,²⁹ es por ello que un senadoconsulto “resucita el *imperium* de los ex dictadores, cónsules y censores”.³⁰ En ese sentido, en un esquema jurídico como el romano, es donde adquiere su particular sentido esta relación entre *auctoritas* y *potestas* y su reacomodarse a partir del *iustitium* que suspende el ordenamiento jurídico. Debemos tener en

25. BOBBIO, N. *et al.*, *Diccionario de Política*, *op. cit.*, p. 1391.

26. Cfr. SCHIAVONE, A., *Ius. La invención del derecho en Occidente*, *op. cit.*, p. 115.

27. CICERÓN, *Catilinarias*, V, II.

28. Cfr. CICERÓN, *Pro A. Cluentio*, 53.

29. AGAMBEN, G., *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*, *op. cit.*, p. 144.

30. *Ibidem*.

cuenta que en el momento en que Cicerón escribe su consejo, se acerca el fin de la República romana y se abre paso al Imperio, momento en cual el juego entre *auctoritas* y *potestas* actúan de manera conjunta en la doble personalidad del emperador.³¹ Es por ello, también, que el papel de la *salus* durante la época del imperio se redefine y “se convi[erte] en la advocación *Salus Publica populi Romani*”.³² Ya no es simplemente la *suprema lex*, es una cuestión del *auctoritas princeps* ya que la *res publica* descansa en la mano del principado romano porque al recibir del Senado y del pueblo todas las magistraturas, vale decir, la *potestas*, y al contar, en su persona, con la *auctoritas* se convierte en un *auctor optimo status*. En esa calidad es donde desaparece en forma definitiva la distinción, en la persona del *princeps*, de la diferencia entre público y privado.³³

Sin duda en la raíz propia de la *salus populi suprema lex esto* está la configuración del *princeps*, la configuración de la relación entre *auctoritas* y *potestas*, la articulación de la suspensión del ordenamiento jurídico pero con el desarrollo de un criterio que se pretende objetivo para suspender la ley dentro de la propia ley y que hace justamente posible que el encargado de la *salus populi*, en el caso del Imperio, se haga cargo en definitiva de la preservación de la comunidad. Estado de excepción que hace posible el desarrollo del pueblo como comunidad política y que, en apariencias, libra de la ambigüedad al término *populus* ya que lo dota de sentido, lo informa y posibilita que sea. Vale decir, lo redefine y hace posible su conservación, es por eso que en el Imperio la *salus* se torna pública,³⁴ ya no es una simple actuación de la *potestas* redefinida y puesta en un lugar en el que no estaba, sino que es la propia activación de la *auctoritas* la que facilita esa salvación. Es por ello que Foucault afirma “la expresión latina (...) político jurídica (...) significativa: *salus augusta* (...) no quiere decir que Augusto salvó el Impe-

31. Cfr. *Idem*, pp. 147 y ss.

32. SANCHEZ DE LA TORRE, A., “El objeto de la legalidad en la expresión *salus populi suprema lex esto*” en *op. cit.*, p. 55.

33. Cfr. AGAMBEN, G., *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*, *op. cit.*, p. 150.

34. Cfr. SALZMAN, M. R., *On Roman Time: The Codex-Calendar of 354 and the Rhythms of Urban Life in Late Antiquity*, Berkeley: University of California Press, 1991, pp. 153-154.

rio, [sino] que es el principio del bien público, del bienestar del Imperio en general. Es, por lo tanto, el principio del bien”.³⁵

III. De la fragmentación política al absolutismo

El feudalismo sufre una crisis estructural en el siglo XIV, que se origina en un incremento de la presión señorial sobre los productores que “se hizo literalmente insoportable”.³⁶ Este aumento de la presión señorial que en realidad debe ser rastreado en el siglo XIII, tiene como consecuencias el despoblamiento, las hambrunas y las pestes que asolarán hacia finales de ese siglo y durante casi todo el siglo XIV. La crisis originó un cambio en la estructura agrícola, propició una conmutación de las cargas señoriales, e implicó el avance de la monetarización de la economía con un incipiente desarrollo de la industria a domicilio y con una participación más concreta de los campesinos en los mercados de la época.³⁷ Esta crisis no implicó el fin del feudalismo, sino un golpe estructural que obligó, para el mantenimiento del modo de producción, el cambio básico de cuestiones económicas que podían ser viabilizadas, solamente, a través de un cambio político fundamental. Hasta ese momento, las estructuras políticas de la Edad Media, es decir hasta el siglo XIII-XIV, se caracterizaron por la descomposición de la autoridad monárquica (...) [L]os príncipes regionales (...) se apropiaron de las prerrogativas reales que habían sido delegadas en ellos y (...) [conllevó una] fragmentación [que] (...) era de hecho una adaptación de la organización política a las estructuras de la vida material.³⁸

Esta fragmentación política tuvo su contrapartida en el conflicto entre el Papado y el Imperio. Este conflicto estaba basado en una ordenación de

35. FOUCAULT, M., *La hermenéutica del sujeto. Curso en el Collège de France (1981-1982)*, op. cit., p. 183.

36. DOBB, M., *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*, México: Siglo XXI Editores, 2005, p. 61.

37. Cfr. ROMANO, R., TENENTI, A., *Historia universal Siglo XXI. Volumen 12. Los fundamentos del mundo moderno. Edad Media tardía, Reforma, Renacimiento*, México: Siglo XXI Editores, 1998, pp. 9-27.

38. DUBY, G., *Guerreros y campesinos. Desarrollo inicial de la economía europea. (500-1200)*, México: Siglo XXI Editores, 1996, p. 205.

un espacio único, una utopía en pos de un orden universal. Es una polémica que se desarrolla desde el siglo XI hasta el siglo XIV, que tiene como base la dirección de la *Respublica Christiana* y que implicó por parte del papado un intento de fundamentar su independencia y el sometimiento del poder temporal.³⁹

Es en este clima de crisis, y como medio de solución a la misma, tanto de la crisis estructural y de la crisis del conflicto entre el papado y el Imperio (que no es más que un síntoma de los problemas del modo de producción feudal), aparece, como solución política fundamental, el Estado absolutista. Perry Anderson, que discute las posiciones tradicionales sobre ese tipo de organización estatal, postula que se trata de un estado feudal, es decir un Estado que tuvo como origen y finalidad el mantenimiento de los privilegios de la clase feudal.⁴⁰

Esta nueva estructura que aparece en la Europa moderna, incipientemente durante el siglo XV pero principalmente desde el siglo XVI hasta el siglo XVIII, es una nueva forma de la realidad política, una nueva manera de plantear el problema del ejercicio de la soberanía, del ejercicio del poder y del gobierno. Es cierto que el territorio será una parte fundamental de esta nueva construcción, pero éste, que será un elemento esencial del Estado, deberá ser comprendido con otros elementos que permiten el desarrollo de una nueva técnica del gobierno.

Dentro de estos elementos, Anderson destaca el resurgimiento y reintroducción del derecho romano como parte del sostenimiento del derecho privado en pos de una propiedad absoluta e incondicional.⁴¹ Sin embargo, la función que adquiere la recuperación del derecho romano puede ser descrita políticamente ya que el determinante *principal* de la adopción de la jurisprudencia romana radica en el giro de los gobiernos monárquicos hacia el incremento de los poderes centrales. (...) La famosa máxima de Ulpiano –*quod principi placuit legis habet vicem*, ‘la voluntad del príncipe tiene fuerza de ley’– se convirtió en un ideal constitucional de las monarquías renacentistas de todo el Occidente. La idea complementaria de que los reyes y

39. Cfr. LE GOFF, J., *La civilización del occidente medieval*, Barcelona: Paidós, 1999, p. 83.

40. Cfr. ANDERSON, P., *El Estado absolutista*, México: Siglo XXI Editores, 1996, p. 12, cursiva en el original.

41. Cfr. *Idem*, p. 19.

príncipes estaban *ab legibus solutus*, o libres de las obligaciones legales anteriores, proporcionó las bases jurídicas para anular los privilegios medievales, ignorar los derechos tradicionales y someter las libertades privadas.⁴²

El derecho romano se convirtió en la posibilidad de sustentación del reino, fundamentando el poder discrecional del monarca, y se convirtió, además, en un arma intelectual que permitió la eliminación de la fragmentación política proveyendo a la integración territorial y al centralismo administrativo. Anderson sostiene que las monarquías tomaron el derecho romano en la variante desarrollada por el derecho canónico en donde se sostenía la *plenitudo potestatis* del papa. Esta utilización del derecho apareció en conjunto con elementos viejos que fueron redefinidos como la burocracia (que alimentó el aparato administrativo y que fue la forma en que la monarquía se dotó de fondos por la venta de cargos a la burguesía), el ejército (que paulatinamente se fue profesionalizando a través de la utilización de mercenarios), la diplomacia (que era el envés del ejército por la lógica guerrera del contenido feudal del absolutismo) y la estructura tributaria (que estuvo pensada, en general, para el mantenimiento del aparato estatal, la diplomacia y el ejército).

La aparición del Estado implica una *plenitudo potestatis* dentro de un territorio determinado, dentro de un territorio que es un componente esencial redefinido por el Estado, no tanto en relación al príncipe o a un señor feudal poderoso, sino en relación con el propio Estado, nueva institución que desintegra el sueño imperial y el sueño papal de una *Respublica Christiana* unificada bajo una sola dirección, bajo un solo mando, por consiguiente, cuando se habla de Estado se está hablando necesariamente de una pluralidad, jamás de un Estado único, se está hablando de una interestatalidad. Esta nueva realidad fue acompañada con “[l]a aparición de inmensos espacios libres y la toma de la tierra en un mundo nuevo [que] hicieron posible un nuevo Derecho de Gentes europeo [...] (...) [Y] surgió una nueva

42. *Idem*, p. 22. Carl Schmitt también destaca “la utilización de conceptos del Derecho romano, según les eran ofrecidos por la ciencia jurídica civilista y la *praxis* logística de su época (...) [que es acompañada por] la concreta entidad espacial *Estado* que entonces se estaba creando en Europa y de la idea de un equilibrio europeo entre estos *Estados*” (SCHMITT, C., *El nomos de la tierra. En el Derecho de Gentes del “Jus publicum europaeum”*, Buenos Aires: Editorial Struhart, 2005, p. 117).

ordenación concreta del espacio, un equilibrio entre los Estados territoriales del continente europeo”.⁴³

IV.- Razón de Estado

Este nuevo derecho basado en un equilibrio general en Europa está relacionado con una lógica mercantilista, lógica que no es simplemente económica, sino que es una técnica de gobierno y de gestión, es decir, una práctica política⁴⁴ y es puesta en juego, tal como destaca Foucault, en la razón de Estado en la cual estaba en juego “[l]a prosperidad y grandeza del Estado como condición para el bienestar y la felicidad de todo el pueblo”.⁴⁵ Es por eso que el mercantilismo es la apariencia económica de todo el desarrollo de la razón de Estado dado por los tratadistas de la época.

Foucault define la razón de Estado a través de los textos de algunos pensadores y sostiene que según Giovanni Botero, un tratadista del siglo XVII, “[l]a razón de Estado (...) ‘es el conocimiento de los medios idóneos para fundar, conservar y ampliar dicha dominación’. Pero (...) ‘esa razón de Estado abraza mucho más que la conservación del Estado que su fundación o su extensión, y más su extensión que su fundación propiamente dicha’”⁴⁶. También rastrea en la obra de Giovanni Antonio Palazzo sobre la razón de Estado, y sostiene que “[u]na república es ante todo un dominio, un territorio. Es, también, un medio de jurisdicción, un conjunto de leyes, reglas y costumbres”.⁴⁷ La razón de Estado para Palazzo es lo necesario y suficiente para que la república conserve intacta su integridad.

La problemática de la razón de Estado tiene elementos esenciales para la descripción del poder del Estado absolutista. En Palazzo podemos rescatar, tal como lo hace el propio Foucault, que la razón es “la esencia de cada

43. *Ibidem*, p. 133.

44. Cfr. FOUCAULT, M., *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, *op. cit.*, p. 49 y 318.

45. MOUSNIER, R., “La fronda” en MOUSNIER, R. *et al.*, *Revoluciones y rebeliones en la Europa Moderna*, Madrid, Alianza, 1981, p. 154.

46. FOUCAULT, M., *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, *op. cit.*, p. 277.

47. *Ibidem*, p. 295.

una de las cosas, que no es otra cosa que el ser entero de ella y que consiste en la unión de todas sus partes”.⁴⁸ También es la “potencia intelectual del alma, que entiende y conoce la verdad de la cosa y regula bien las acciones de su voluntad”.⁴⁹ Foucault destaca que estas definiciones de razón muestran no sólo un medio de conocimiento, sino la forma de ajustarse a la verdadera esencia de las cosas para regular de manera correcta las acciones, y por eso es “la medida de nuestras operaciones”.⁵⁰ En ese punto, para Palazzo, la razón de Estado es la entera esencia del Estado y el requisito de todos los actos, de todos los oficios que son en la República, la integridad de su esencia.⁵¹ Pero también, la razón de Estado “es una regla y arte, que enseña y observa, los medios debidos para conseguir el fin destinado por el artífice, y esta definición se verifica en el gobierno, ya que por él se pueden conocer los medios, y enseña el ejercicio de ellos para conseguir la tranquilidad y el bien de la República, fin principalísimo del Príncipe y de los ministros, y según nuestro propósito éste es la verdadera definición de la razón de Estado, tomada de su objetivo, y no de otras causas”.⁵² Es decir, es un arte excelente de gobernar que establece la República y la potestad del Príncipe,⁵³ y, a su vez, según Palazzo, gobierno, arte de gobernar y razón de Estado son una sola cosa.

Palazzo, a su vez, sostiene que en el gobierno concurren cuatro partes: materia, forma, agente y fin. Evidentemente surgen de la definición aristotélica de las causas pero tiene el agregado de que esta definición de las partes está relacionada con la salud de la República, por eso la materia es la República enferma y por ello la razón de Estado es comparable al arte de medicar. La forma se puede reformar a través de la regla de la justicia y de la virtud moral en conjunto. El agente son el Príncipe y sus ministros y la finalidad es la quietud de la República. Quietud y salud son los objetivos a los que debe proveer el Príncipe y sus ministros a través de un correcto arte de gobierno

48. PALAZZO, G. A., *Discorso del Governo e della ragion vera di Stato*, Venecia: Presso Gio. Antonio & Giacomo de Franceschi, 1606, p. 18 (traducción propia).

49. *Ibidem* (traducción propia).

50. *Idem* (traducción propia).

51. Cfr. *Idem*.

52. *Idem*, p. 19 (traducción propia).

53. Cfr. *Idem*.

y “[l]a razón de Estado es, entonces, conservadora”.⁵⁴ Por su parte, la definición dada por Botero, agrega un elemento que Foucault toma claramente en cuenta, Botero sostiene que “Estado es un dominio firme sobre el pueblo, y la razón de Estado es el conocimiento de los medios aptos para fundar conservar y ampliar un dominio así formado”⁵⁵ y para Botero el príncipe es el artífice y el Estado es la materia.

El objetivo de la razón de Estado es el Estado mismo, para ello se debe realizar un arte específico de gobierno que es el gobierno mismo. La razón de Estado es conservadora porque intenta mantener la esencia propia del Estado, no puede salir fuera de él, la razón de Estado constituye el Estado y está pensada para mantener ese poder a través del gobierno. Para el mantenimiento del Estado además del territorio, de la legislación y las costumbres, hay un tercer elemento necesario, que no es otro que la población. La población no importa por sí misma, importa en tanto y en cuanto permite la existencia y la felicidad del Estado. “No son los hombres los que deben ser dichosos, no son los hombres quienes deben ser prósperos y en el límite, ni siquiera son ellos quienes deben ser ricos, sino el Estado mismo”.⁵⁶

V. Salus populi: La razón de Estado como un problema de salvación

El gran teórico del absolutismo es Jean Bodin, filósofo, economista y jurista del siglo XVI conocido ampliamente por su teoría de la soberanía escrita principalmente en su famosa obra de 1576, *Les Six livres de la République*. Bodin define la soberanía como una potencia absoluta y perpetua, y la existencia del Estado está garantizada por “una soberanía fuerte, que mantenga unidos a los diversos miembros de la sociedad ligándolos ente

54. FOUCAULT, M., *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, op. cit., p. 297. Esta acción conservadora surge ya que el “Estado es una identidad y una paz temporal de las cosas, mantener siempre la misma esencia y una constancia de las cosas en el obrar” (PALAZZO, G. A., *Discorso del Governo e della ragion vera di Stato*, op. cit., pp. 12-13) (traducción propia).

55. BOTERO, G., *Raison et Gouvernement d’Estat*, Paris: Guillaume Acudiere, 1599, p. 4 (traducción propia).

56. FOUCAULT, M., *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, op. cit., p. 325.

sí como si fuesen un cuerpo. Esta soberanía sólida no se consigue a través de métodos recomendados por Maquiavelo, que adolecen de inmoralismo y ateísmo, sino instaurando la justicia y apelado a la razón y a las leyes naturales”.⁵⁷ Además para Bodin, el Estado es el gobierno justo que se ejerce sobre diversas familias, debe ser considerado como el armazón de un barco y “[l]o que conforma un Estado no es la población sino la unión de un pueblo bajo un solo señorío soberano y es porque la soberanía es el verdadero fundamento en el que se apoya toda la estructura del Estado y del cual dependen las leyes y las ordenanzas. De esa manera se convierte a las familias, a los gremios y los individuos en un solo cuerpo perfecto”.⁵⁸ En Bodin, está clara la naturaleza feudal del Estado absolutista, entendiendo por feudal a la tarea del Estado en el mantenimiento de los privilegios de la nobleza, vale decir, en una defensa extrema de la propiedad a través de la ley.⁵⁹ El soberano es concebido, según Bodin, como *ab legibus solutus*, es decir que está por encima de las leyes y éstas no le son aplicables.⁶⁰ De esta manera, hay un juego en lo jurídico y su aplicación que se pone en juego en un pasaje del

57. REALE, G., ANTISERI, D., *Historia del pensamiento filosófico y científico. II Del humanismo a Kant*, Barcelona: Herder, 2001, pp. 126-127. Según Meinecke, había dos tipos de oposiciones básicas contra Maquiavelo durante la época del desarrollo de la razón de Estado. La primera es la que veía a Maquiavelo como un enemigo diabólico, como por ejemplo Innocent Gentillet que está en contra de la razón de Estado y ve en Maquiavelo al primero de una secta o partido de políticos que intentan entronizar al Estado por encima de la religión (Cfr. GENTILLET, I., *Discours sur les moyens de bien gouverner & maintenir en paix un Royaume, ou autre Principauté. Divisez en Trois parties: a savoir du Conseil de la Religion, & de la Police que doit tenir un Prince contre Nicolas Machiavel Florentin*, 1576, p. 237). Y por otro lado una oposición que combatía el pensamiento maquiaveliano pero que lo rescataba a su antojo (Cfr. MEINECKE, F., *Machiavelism. The Doctrine of Reason d'État and its Place in Modern History*, New Jersey: Transaction Publishers, 1998, p. 50). Bodin se encuentra en el último grupo y por eso Meinecke sostiene que “Bodin pertenece al partido de los *Políticos*, los reales defensores de una moderna *raison d'état* en Francia en la época de las guerras civiles” (“Bodin belonged to the party of the *Politiques*, the real advocates of a modern *raison d'état* in France at the time of the Civil Wars” (*Ibidem*, p. 57 – cursiva en el original y traducción propia).

58. REALE, G., ANTISERI, D., *Historia del pensamiento filosófico y científico. II Del humanismo a Kant*, op. cit., p. 127.

59. Cfr. DE BERNARDO ARES, J. M., “Los poderes intermedios en la ‘república’ de Jean Bodin” en *Revista de estudios políticos*, N° 42, 1984, p. 227.

60. Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general de la política*, Madrid: Trotta, 2005, p. 229.

libro IV, capítulo III, en donde afirma que si alguien sostiene que el cambio de las leyes es a menudo necesario, especialmente de aquellas que conciernen al gobierno común, afirmo que en este caso no se hace referencia a la ley sino que se habla de los edictos y ordenanzas voluntarias, aunque el cambio fuera muy bueno y útil a la vez, aun así, es siempre peligroso, fundamentalmente cuando se toca el Estado. No es que quiera que la República sirva a las leyes, ya que éstas no son hechas más que para su conservación, y se debe tener siempre presente la máxima general que no admite excepción: *Salus populi suprema lex esto*.⁶¹

En apariencias, en este párrafo se puede ver que hay una imposibilidad para el cambio de las leyes, en especial aquellas que refieren a la *police ordinaire*, es decir, concretamente a los edictos y ordenanzas relacionadas con el gobierno. Pero, justamente, el cambio por más que parezca fundamental, no es necesario ya que hay una máxima que no admite excepción que es la *salus populi*. En este párrafo se demuestra por qué Bodin es considerado como un teórico del estado de excepción,⁶² ya que sustenta que la ley no debe ser cambiada porque hay un mecanismo de excepción, que no reconoce excepción, y que permite adaptar las leyes al estado de necesidad, a la urgencia.⁶³

Foucault al desarrollar la razón de Estado describe una forma del desarrollo del mantenimiento y la conservación del Estado. Recordemos que *salus* significa mantenimiento y conservación, es decir, la razón de Estado habla de una *salus* particular, de la *salus* del Estado, y ese es el problema que desarrolla Bodin: la salvación del Estado, en manos del príncipe, y la *salus populi* debe ser entendida de esa manera ya que es la salvación del propio Estado, su salud y su realización. Por ello Palazzo habla de la enfermedad y compara a la razón de Estado con el arte de la medicina y por ello, también, el agente es el príncipe. Son conocidos los desarrollos de Carl Schmitt

61. BODIN, J., *Les six livres de la république*, s.l.: Gabriel Cartier, 1608, p. 576 (traducción propia).

62. Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general de la política*, *op. cit.*, p. 219.

63. “La máxima de que no admite excepción en Bodin, una máxima que se utiliza para justificar excepciones al actuar según la ley –que deberá, en tiempos normales, ser el actuar del buen príncipe. Lo que hace justificable, sin embargo, sólo cuando sea absolutamente necesario” (CAMPAGNA, N., *Le droit, la politique et la guerre. Deux chapitres sur la doctrine de Carl Schmitt*, Quebec: Les Presses de L’Université Laval, 2004, p. 40 – traducción propia).

que sitúa *le salut public* como parte del “caso excepcional, no descrito en el orden jurídico vigente, [que] puede a lo sumo definirse como un caso de necesidad extrema, de peligro para la existencia del Estado o algo semejante, pero no describirse de forma concreta”,⁶⁴ y coloca la excepción en Bodin, como una supresión de las obligaciones originadas en las promesas basadas en el derecho natural. La *salus*, entonces, garantiza las promesas y garantiza actuar en la necesidad y la urgencia, ya que sostiene ambas situaciones ya que el soberano cumplía y mantenía las leyes pero en el caso que se hiciera necesario (...) alterar las leyes o suprimirlas por completo, *selon l'exigence des cas, des temps et des personnes*. (...) Por eso la facultad de suprimir la ley vigente –ya sea de manera general o en el caso particular– es a tal grado la verdadera característica de la soberanía, que Bodin pretende derivar de ella todos los demás atributos (declaración de la guerra y conclusión de la paz, nombramiento de los funcionarios, última instancia, prerrogativa del indulto, etcétera).⁶⁵

De esta manera, la *salus* sería, según estos desarrollos, ante todo una definición jurídica, no concreta, sino absolutamente abierta que permite el desarrollo del ordenamiento jurídico.

VI. Conclusión: La *salus* más allá de la excepción.

Foucault destaca que la razón de Estado conllevó, según los grandes nobles y sus tratadistas, el capricho del príncipe y que su aplicación implicaba prescindir de Dios, de ser así, entonces, tampoco hay leyes, ni obligaciones. Según esta postura, la razón de Estado es la eliminación de la ley, es hacer que todo esté permitido. La afirmación del reverendo padre Contzen realizada en 1620, referenciada por Foucault, que sostenía que si Dios no existía no hay ley en el mundo y, por consiguiente, sin temor todo será malvado,⁶⁶ evidencia que el problema para los opositores a la razón de Es-

64. SCHMITT, C., *Teología política. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía* en ORESTES AGUILAR, H., *Carl Schmitt, teólogo de la política*, México: F.C.E., 2001, p. 23.

65. *Ibidem*, p. 25.

66. “Si Deus non est aut non regit mundum, sine metu sunt omnia scelera” FOUCAULT, M., *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, op. cit., p. 286n.

tado, es netamente jurídico y que tiene en la integridad de la ley o en su destrucción la preocupación más inmediata. El temor al que hace referencia Contzen está directamente relacionado con la norma legal, sea esta natural, consuetudinaria o escrita, que debe ser mantenida y que establece un límite a la actividad del soberano. Si Dios no existe y no hay ley, entonces el príncipe puede hacer cualquier cosa, pero si Dios existe, hay un límite a la actividad del príncipe.

La dificultad, entonces, desde la lectura de Schmitt y desde el pensamiento de los opositores a la razón de Estado, aquellos nobles que se sentían desfavorecidos por el rey o sus tratadistas, es que la razón de Estado se les presenta como un problema jurídico, un problema de limitación o de extralimitación y de integridad del derecho. En ambos casos, tanto para Schmitt como para los nobles opositores, se pretende esa integridad, en un caso por su limitación y en otros por su extralimitación, por su alimentación con elementos de hecho que surgen de la necesidad y que, justamente, tienen que ver con el bienestar de la República, de la población, y con la salvación del Estado. Pero estas posturas alimentan la visión de la soberanía, la soberanía es lo que está puesto en juego, la soberanía es lo que se pretende en crisis o en crítica. De esta manera, la *salus populi* no será jamás un criterio existente por afuera del derecho, o por afuera del argumento jurídico sino que es una cuestión de derecho, una cuestión jurídica inserta en el propio armazón que se desarrolla para legitimar al *princeps*, a la propia decisión jurídica que sostiene la posibilidad de la soberanía.

La soberanía es una cuestión absolutamente relevante y central, pero no habrá soberanía sin gobierno. El gobierno no es el estado de excepción, el gobierno es, por el contrario, la razón de Estado, es decir, todo los medios aptos para poder lograr la fundación, conservación y mantenimiento del Estado. La *salus populi*, entonces, no será un criterio de excepcionalidad, sino que será un criterio de gobierno, un criterio que no tendrá nada que ver con lo jurídico. Es obvio que la razón de Estado pone en juego lo jurídico, y de ser necesario, tal como manifiesta Foucault, deja sin efecto la normativa legal, sea esta consuetudinaria o escrita. Pero, justamente, y esto se evidencia a través del propio desarrollo de la razón de Estado y del desarrollo de los argumentos de sus opositores, el discurso jurídico no limita la actividad del príncipe; esto es así porque la racionalidad estatal no está dada por el discurso jurídico o por la propia soberanía, sino que la racionalidad estatal está dada por el gobierno. Entonces el párrafo de Bodin es a todas luces

ilustrativo del problema ya que advierte que no se puede cambiar la ley, porque incluso cuando se habla de cambiar la ley se está hablando de las normas de policía, de las normas que tienen que ver con el gobierno, normas que no son leyes sino que tienen que ver con el desarrollo de la República, y, justamente, tocar las normas del gobierno es tocar al Estado mismo. De ser así surge un peligro, un peligro fundamental que no es otro que poner en peligro al mismo Estado, es decir, al gobierno. Pero Bodin va más allá, y sostiene: la ley sólo debe servir al mantenimiento de la República, las leyes no son la República, no son tampoco un límite al gobierno, el gobierno está por encima de la ley y el gobierno debe utilizar las leyes que están para su desarrollo, y por ello la *salus populi* es la ley suprema, una ley suprema que no puede ser concebida como jurídica, es decir que no es una excepción, aunque puede conllevar a la excepción dentro del discurso jurídico, pero que es el propio ejercicio del gobierno, es decir, el ejercicio del arte de gobernar, el ejercicio de la razón de Estado cuyo fin es el Estado mismo y no la ley. Por eso el príncipe es *ab legibus solutus*, por eso el príncipe desde la mirada jurídica parece eliminar a Dios porque parece eliminar la ley; por eso el príncipe aparece, en palabra de Schmitt, en una paradoja y se encuentra afuera y adentro de la ley. Justamente por esto Foucault sostiene que “el gobierno [debe ser concebido] como acto de creación continua de la república”.⁶⁷

Un tratadista portugués del siglo XVII, Pedro Barbosa Homem, sostiene que la razón de Estado “se puede definir como una doctrina especial, que por medio de varias reglas hace diestro a un Príncipe, o para mantener en su propia persona los Estados que posee, o para conservar en los mismos Estados la forma, y grandeza original que tenían, o para con nuevos argumentos ilustrar o acrecentar la antigua masa que ellos forman”.⁶⁸ Si la razón de Estado es una doctrina que permite al príncipe mantener o conservar, es evidente que se trata de una cuestión administrativa y no legal, que está fuera de lo legal, pero que permite, en definitiva, que lo legal se aplique o se suspenda, que lo legal sea, pero que va más allá de la cuestión o desarrollo

67. *Ibidem*, p. 299.

68. BARBOSA HOMEM, P., *Discursos de la iuridica y verdadera razon de estado formados sobre la vida y acciones del Rey don Iuan el II de buena memoria, Rey de Portugal, llamado vulgarmente el Príncipe Perfecto. Contra Machavelo y Bodino, y los demas políticos de nuestros tiempos, sus secuaces. Primera Parte*, Coimbra: Nicolao Caruallo, 1629, p. 1.

del estado de excepción, es decir, la razón de Estado hace posible el estado de excepción pero no es el estado de excepción.

Por todo ello, Foucault afirma que:

la misma razón de Estado, y éste es, creo, un punto esencial que debe retenerse, no es para nada homogénea a un sistema de legalidad o de legitimidad. ¿Qué es la razón de Estado? Pues bien, es algo (...) que permite derogar todas 'las leyes públicas, particulares, fundamentales, cualquiera sea su especie'. En efecto, la razón de Estado debe comandar, 'no según las leyes' sino, de ser necesario, 'las leyes mismas, que deben acomodarse al estado presente de la república'. (...) [L]a razón de Estado (...) [es] algo que excede las leyes o, en todo caso, que no se somete a ellas.⁶⁹

La razón de Estado hace evidente la ligazón entre soberanía y gobierno, un rey como Luis XIV, tal como destaca Foucault, es la razón de Estado y demuestra la diferencia de nivel, la diferencia de forma, la especificidad de la soberanía y el gobierno. El arte de gobierno, entonces, explica lo jurídico, no por lo jurídico mismo sino justamente por esa articulación entre soberanía y gobierno. La articulación del gobierno no está definida en la decisión, que rescataba Schmitt, sino en la propia salvación del Estado, es decir, en la cuestión del gobierno que se aleja de manera directa de la ley, ya que el problema, y esta es la cuestión en donde los reyes y sus tratadistas hacen hincapié, la razón de Estado no es una cuestión de derecho, sino que es una cuestión del ejercicio de un arte en pos del mantenimiento del Estado y esta es una tarea definida por el rey y sus ministros. Justamente por ello, la decisión de los nobles arrinconados ante el desarrollo de la razón de Estado, es sostener que eso no era legal o no pertenecía a la constitución consuetudinaria del reino, y por eso la ley suprema es una ley que no es ley por el propio hecho de que no admite excepción, *salus populi suprema lex esto* se ubica como un principio no legal que permite que el rey no necesite sustentar en la ley absolutamente nada. Por ello, la ley de esta razón propia del Estado, entonces, que es superior a la ley. O mejor, la ley de esta razón

69. FOUCAULT, M., *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, op. cit., pp. 302-303.

propia del Estado y que se denomina razón de Estado será que la salvación de este último siempre debe estar por encima de cualquier otra cosa. Esta ley fundamental de la necesidad, que en el fondo no es una ley, excede por tanto todo el derecho natural, excede el derecho positivo.⁷⁰

Por ende, este es un esquema no jurídico, que precisa de lo jurídico, pero que entroniza la decisión gubernamental para posibilitar la realización del Estado. La ley, entonces, no es necesariamente la forma en que la salvación del Estado (es decir la *salus populi*) es posible. Por consiguiente, el criterio de limitación de la actuación del Estado queda supeditado al propio ejercicio del gobierno, que tal y como se desarrolló no tiene que ver con una cortapisa legal, sino, y muy por el contrario, con un criterio interno de delimitación de la acción y es el inicio de una gubernamentalización de la soberanía que será directamente un camino que lleva a los desarrollos posteriores del liberalismo económico y político, vale decir, el criterio externo de limitación que podíamos encontrar en Cicerón es dejado de lado, paulatinamente, a partir de la razón de Estado y será definitivamente puesto en segundo plano cuando el liberalismo entronice un criterio interno de evaluación y desenvolvimiento de la acción gubernamental.

70. *Ibidem*, p. 304.

La Presidencia en la Argentina a través de los discursos de apertura de la Asamblea Legislativa, 1983-2011

Jorge O. Bercholc y Diego J. Bercholc***

I. Introducción

Los estudios presidenciales, entendidos como área específica de estudio e investigación, no presentan demasiados antecedentes en la Argentina ni en la región, como en general ocurre con el conocimiento sobre la performance y producción de las instituciones políticas y jurídicas. Este artículo es parte de una investigación mayor que analiza el funcionamiento de la institución presidencial en uno de sus aspectos más visibles pero menos estudiados: la actividad discursiva de los presidentes.¹

* Jorge O. Bercholc. Doctor en Derecho Político, Profesor Regular de Teoría del Estado y de Cursos de Posgrado, Investigador, Instituto de Investigaciones A. L. Gioja, Facultad de Derecho, UBA. Profesor de posgrado en universidades extranjeras.

** Diego J. Bercholc. Licenciado en Sociología, UBA. Colaborador en proyectos de investigación UBACyT, Instituto de Investigaciones jurídicas y sociales A. L. Gioja, Facultad de Derecho, UBA.

1. Proyecto acreditado en el marco de la programación científica de la Universidad de Buenos Aires 2004-2007, Código D013, sede de trabajo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. A partir del año 2007 el proyecto fue cofinanciado por la Secretaría de Investigación y Desarrollo de la Universidad Abierta Interamericana.

Se ha estudiado a la denominada “*presidencia retórica*”,² a través del análisis de contenido de los discursos de apertura de las sesiones anuales ordinarias de la Asamblea Legislativa en el período 1983-2011. Se trata del discurso que da cuenta del estado de la Nación ante el Parlamento.

Hemos abordado los discursos referidos a través de una metodología mixta, empírica-cuantitativa, con análisis cualitativos agregados, que ha permitido el estudio de las piezas discursivas más cuidadas y elaboradas que emite el Presidente año tras año.

Los discursos presidenciales de apertura de sesiones resultan ser una pieza lingüística que exterioriza la visión que de la realidad tiene y/o pretende construir el Poder Ejecutivo. Esa inteligencia de la realidad es tanto retrospectiva como prospectiva. Por ello, más allá de lo que el Presidente pueda efectivamente hacer en su gestión de gobierno, lo que nos permite el análisis de los discursos es auscultar la comprensión que el Presidente tiene de las circunstancias y situaciones políticas, sociales y económicas que lo rodean y que debe afrontar, y cómo intentará gobernarlas.

Como ha dicho el profesor de la Universidad de Texas Roderick Hart: “*Un presidente es ante todo un hablador*”.³ A partir del análisis de su actividad verbal podremos tener una aproximación certera y objetiva a su construcción simbólica de la realidad y a sus estrategias de acción política.

Además, los discursos son importantes por su peso institucional, en tanto tienen el poder simbólico y la legitimidad de la institución estatal. Desde esta óptica, el discurso presidencial es concebido como “*el eje central de la producción de significaciones desde el Estado*”.⁴

Debe también tenerse en consideración, que estas piezas discursivas están prescriptas por el artículo 99, inciso 8 de la Constitución Nacional Argentina, por ello constituyen las verbalizaciones más importantes, en términos jurídicos e institucionales, de la Presidencia.

En el presente artículo enumeramos 20 tesis generales que caracterizan a los discursos presidenciales de inauguración de la Asamblea Legislativa en la Argentina en el período 1983-2011. Además presentamos las principales líneas discursivas de cada presidente durante su respectivo período

2. HART, 1984: pp. 4-5.

3. HART, 1984: pp. 5-6.

4. ARMONY, 2005: pp. 37-38.

de gobierno, desde la restauración del sistema democrático en la Argentina hasta la actualidad. Las conclusiones que se presentan en este artículo han sido corroboradas suficientemente, a través de pasos metodológicos rigurosos que son largamente explicados en el libro que exhibe el trabajo completo, cuya publicación es de reciente aparición (Bercholz, 2012)

El lector debe tener en consideración que los períodos presidenciales analizados no han sido simétricos, y ello por distintas circunstancias. Alfonsín gobernó 6 años; Menem gobernó 6 y 4 años respectivamente en sus dos períodos (reforma constitucional de 1994 mediante); De la Rúa renunció durante su segundo año de mandato; Duhalde tuvo un período irregular en el que ni siquiera pudo completar el período que le hubiera correspondido al presidente anterior; Kirchner gobernó 4 años y Cristina 4 años.

Para que el lector tenga claramente delimitados los períodos de mandato de cada presidente y la extensión de los discursos de los mismos, se puede ver el cuadro que sigue.

Cantidad total de palabras y promedio de palabras
por discurso según período presidencial

Presidente	Duración del período (años)	Cantidad total de palabras	Promedio por discurso
Alfonsín*	6	77.252	11.036
Menem (1º mandato)*	6	41.202	5.886
Menem (2º mandato)	4	21.503	5.376
De la Rúa	2	13.041	6.520
Duhalde	2	9.045	4.522
Kirchner*	4	66.813	13.363
Cristina	4	38.369	9.592

Fuente: elaboración propia en base a relevamiento de los discursos de apertura de la Asamblea Legislativa 1983-2011.

* Por las singulares circunstancias de la época de enunciación de los discursos de asunción presidencial de Alfonsín en 1983, Menem en 1989 y Kirchner en 2003, se los ha incluido en la base de datos. Por ello la cantidad total de palabras y el promedio de palabras por discurso se obtiene en los tres casos mencionados considerando 7 discursos en los casos de Alfonsín y Menem y 5 en el caso de Kirchner.

Breve guía de pautas metodológicas

A fin de facilitar la comprensión del trabajo al lector, se agrega aquí un breve índice de pautas metodológicas aplicadas para la recolección de datos, la construcción de la base y el análisis agregado.

1.- Unidades de análisis: Son las unidades que fueron contabilizadas a fin de construir la base de datos, fuente con la cual se produjeron los cuadros estadísticos sobre los que se efectuó el análisis agregado y la extracción de hipótesis y conclusiones suficientemente corroboradas. Se utilizaron dos unidades de análisis: i) palabras o conceptos; ii) campos semánticos que aglutinan palabras (significantes simples y compuestos) que se relacionan por su significado.

Además de contabilizar las palabras o frecuencias léxicas, se ha trabajado con grupos de palabras que conforman lo que denominamos campos semánticos, los cuales están compuestos por palabras (significantes simples y compuestos) que se relacionan por su significado y/o su área temática común. Se formaron 23 campos semánticos. En este artículo se hace referencia a aquellos más relevantes a efectos de las conclusiones y análisis que se presentan.

2.- Variables cuantitativas independientes de frecuencia: Se trata de dos variables que miden a las unidades de análisis en términos nominales o relativos, y a las que se identifica durante el trabajo por las siglas establecidas a continuación: i) cantidad de repeticiones nominales de palabras; ii) coeficiente de repetición que mide las frecuencias relativas de aparición de las palabras considerando la longitud de cada discurso. A fin de un reflejo certero de la densidad de las repeticiones de palabras o frecuencias léxicas, se ha trabajado con estas dos variables cuantitativas. La primera de ellas es la cantidad de repeticiones nominales de las palabras. La

segunda fue denominada “coeficiente de repetición”, el cual fue construido considerando tanto la cantidad nominal de repeticiones como la extensión de cada discurso (medido por su cantidad de palabras totales). Ello a fin de homogeneizar el objeto de estudio dejando constante la extensión dispar de los discursos relevados, en la medida en que existen presidentes más habladores que otros. Ambos modos de medición resultan de interés a efectos del análisis cuantitativo y no se debe descartar la utilidad de ninguna de las dos variables de frecuencia propuestas.

3.- Tres niveles de variables de intervalo comparativas diacrónicas: Finalmente se cruzaron, las unidades de análisis y las dos variables independientes de frecuencia, con tres niveles de variables de intervalo comparativas diacrónicas efectuándose análisis desagregados por; i) el período total 1983-2011; ii) períodos segmentados por cada presidencia y iii) períodos segmentados por cada discurso presidencial anual dentro de cada presidencia. En los niveles 1) y 3) la variable de intervalo está dada por cada discurso anual.

II. Veinte tesis que caracterizan a los discursos presidenciales

1.- Los discursos presidenciales muestran una progresiva disminución del contenido político, pero también se observa un progresivo uso de nuevos conceptos políticos, más sofisticados, desagregados y específicos.

Las palabras más enunciadas muestran una tendencia discursiva orientada a lo institucional, político y social. Sin embargo, se observa una progresiva disminución del contenido político y un incremento correlativo del contenido económico en los discursos.

Si bien las palabras de contenido político siguen siendo muy usadas considerando todo el período, en términos relativos comparados, la tendencia nos indica que se ha ido progresivamente hablando menos de política. Esta corroboración cuantitativa sustentable y sólida puede ser explicada por la consolidación del sistema y la legitimación e internalización social de los conceptos básicos y principales del campo político. Ello ha exigido cambios discursivos que den cuenta de los nuevos desafíos más complejos que se fueron presentando y que requieren enunciados más sofisticados, desagre-

gados y específicos a fin de responder a las demandas fragmentadas del sistema. Así, aparecen nuevos conceptos y categorías que intentan satisfacer esa demanda más sofisticada (*derechos humanos, calidad institucional, división de poderes, consenso*), en el marco de coyunturas específicas que requieren respuestas concretas.

En general se ha observado un salto cualitativo en el desarrollo del sistema político e institucional que se refleja en los discursos. No se trata ya de enunciar categorías básicas del sistema, sino de conceptos más sofisticados, adecuados a un sistema institucional en vías de consolidación, luego de casi tres décadas de continuidad.

A medida que se fue consolidando el régimen político democrático, se comenzaron a discutir cuestiones tales como mecanismos de democracia semidirecta (referéndum, revocatoria, consulta popular, iniciativa popular), modificaciones al sistema electoral y al sistema de partidos políticos (listas sábana, financiamiento de los partidos, elecciones primarias, etc.), entre otras.

2.- Consolidados los procedimientos formales democráticos, los discursos presidenciales proponen “democratizar” espacios de la sociedad aún poco “democratizados”.

Existe una continuidad en torno al discurso de la democratización, en el sentido de su profundización, más allá del funcionamiento de los aspectos formales del sistema. Se trata de una progresiva enunciación de discursos proclives a la democratización de espacios políticos, sociales y económicos que exigen más que los aspectos procedimentales del régimen político democrático. Se utilizan dos palabras derivadas: democratizar y democratización. Se ha propuesto discursivamente, una vez consolidada la democracia política, “democratizar” espacios de la sociedad que aun funcionan con lógicas poco democráticas, o, en otros términos, poco transparentes o poco igualitarias.

3.- En épocas de crisis se incrementa, fuertemente, el uso de categorías de sentido identitario y de pertenencia, como la invocación de la nación y de lo nacional.

Los discursos en épocas de crisis presentan algunas particularidades salientes. Se incrementa fuertemente el uso de categorías de sentido identitario y de pertenencia como la invocación de la nación y de lo nacional. Esta acepción ha sido utilizada con más frecuencia en contextos de crisis, y ante la necesidad de los presidentes enunciadores de afianzar la cohesión social.

También se ha utilizado en mayor medida, en contextos de crisis, la palabra trabajo en su sentido filosófico, de conceptualización de la persona a partir de las tareas laborales, en contradicción con la especulación el mero interés por el lucro.

4.- El mayor uso de la palabra política, en su acepción de políticas específicas o sectoriales, abona interesantes hipótesis relacionadas a la fragmentación en el modo de participación y de la representación político-corporativa.

El mayor uso de la palabra política en su acepción de política específica o sectorial (*policy*), por sobre la acepción de actividad política (*politics*), abona interesantes hipótesis relacionadas a la existencia de una fragmentación en el tipo de demandas sociales y, por ende, en el modo de participación y de la representación política-corporativa, tanto institucionalizada como no institucionalizada, de esas demandas. Ello obliga a un tipo de respuestas, desde el gobierno, también más fragmentadas, específicas y sectoriales. Esa utilización discursiva de la palabra *política*, más cercana a una concepción técnica de la actividad, que requiere del enunciador, ante demandas complejas respuestas acordes, obra en desmedro de la idea de la política como gran relato épico, movilizador y abarcativo de ideales democráticos y republicanos.

5.- La fragmentación en el tipo de demandas sociales, producto de la expansión de la ciudadanía, obliga a respuestas específicas desde el gobierno.

El proceso de desciudadanización que implica el dualismo *incluidos/excluidos* es paralelo, paradójicamente, a un proceso de expansión de la ciudadanía a partir de la consagración de nuevos derechos –llamados por los constitucionalistas de tercera y cuarta generación–, garantizados por los textos constitucionales en particular en Argentina luego de la reforma constitucional de 1994. Los nuevos derechos de los incluidos y las carencias de los excluidos, generan una proliferación y fragmentación de demandas y reivindicaciones puntuales vinculadas a cuestiones económicas, sociales y culturales diversas, por ejemplo de carácter ambiental, social, de género, de orientación sexual, antidiscriminatorias, en defensa del multiculturalismo, de derechos indigenistas, de las condiciones de consumo, etc.

Este fenómeno se percibe en el discurso por dos vías: el tratamiento por los presidentes de temáticas cada vez más específicas y diversificadas y

la apelación discursiva de los presidentes a sujetos colectivos de nuevo cuño y de mayor nivel de desagregación respecto a las categorías clásicas (pueblo, trabajadores, etc.), a saber: ciudadanos, consumidores, usuarios, familias, mujeres o pueblos originarios, entre otros.

6.- El discurso presidencial ha evolucionado hacia una idea profesionalizada y técnica –tecnocrática– de gestión estatal, implementada a través de políticas públicas específicas y sectoriales ejecutadas desde el gobierno, disminuyendo las referencias a debates y definiciones ideológicas.

En el mismo sentido del punto anterior se observa dentro del campo semántico Estado/administración pública/políticas públicas, alto coeficiente y cantidad de repeticiones nominales de las palabras *gestión, plan y programa*.

La política específica o sectorial implica gestión y respuestas desagregadas por tipo de demanda. Para ello se anunciaron una gran cantidad de planes y programas específicos. Ello remite a una idea profesionalizada y técnica –tecnocrática– de gestión estatal.

En ese sentido, los indicadores respecto al incremento de la enunciación de planes específicos de acción de gobierno con una tendencia fuerte a referirse a la gestión, sustentan la hipótesis de que el discurso presidencial se ha ido transformando en un discurso cada vez más profesionalizado, tecnocrático y focalizado en la gestión del gobierno, en desmedro de los debates y las definiciones ideológicas.

7.- Los problemas laborales, la educación y capacitación, y las nuevas cuestiones que la estratificación social dual incluidos/excluidos generan, son tratados articuladamente por los presidentes en sus discursos.

Los problemas coyunturales –hiperinflación, crisis locales e internacionales– y estructurales –cambios en el mercado laboral, procesos de exclusión social, exigencias de capacitación crecientes, nuevas tecnologías y robotización de plantas industriales con la consiguiente pérdida de puestos de trabajo– han puesto al trabajo, en su acepción económica, *referida a lo laboral, al desempleo, a la obtención de empleo y a los trabajadores como sujeto colectivo*, dramáticamente en la agenda de los discursos presidenciales. La inclusión social y la posibilidad de mantenerse en el mercado laboral se relacionan directamente con la capacitación que el proceso educativo

puede brindar. Por ello, los problemas laborales, la educación y capacitación y las nuevas cuestiones que la estratificación social dual incluidos/excluidos generan, son tratados articuladamente por los presidentes. La educación es vista como clave para superar el binomio inclusión-exclusión; la tecnología, la ciencia, y el conocimiento, son señaladas como condiciones para una educación de mayor calidad a fin de emerger de la exclusión y la desigualdad.

8.- Los discursos muestran la aparición de nuevas categorías de representación de sujetos colectivos sociales, que reflejan nuevas heterogeneidades ocupacionales y culturales y una tendencia decreciente del uso de categorías de representación tradicionales.

Esos nuevos sujetos colectivos sociales son más desagregados, producto de una participación creciente en demandas polifacéticas y fragmentadas. Los datos fortalecen hipótesis fuertes, en torno al debilitamiento de ciertos colectivos sociales que encierran en su significativo intereses y particularidades de difícil articulación y complementación, lo cual se refleja por ejemplo en la tendencia decreciente del uso de la palabra pueblo. En lo laboral y profesional, la fragmentación de las demandas se relaciona con los procesos de precarización y exclusión social, con las demandas de capacitación, y con los nuevos empleos del sector servicios que generan una muy compleja heterogeneidad ocupacional. A su vez, la consagración de derechos de tercera y cuarta generación, y las nuevas pautas culturales que ponen en crisis a tradicionales modos de relacionamiento sociocultural, hacen aún más sofisticada y desagregada una densa red social cruzada por múltiples facetas que reclaman representación.

9.- Los discursos reflejan una política de Estado permanente en relación a los procesos de integración.

La constante mención de los conceptos integración, exportaciones y otros que integran el campo semántico *integración/globalización/comercio exterior*, reflejan una política de Estado permanente en relación a los procesos de integración. La apertura económica para el aumento de las exportaciones y el comercio exterior, el desarrollo de la industria agroalimentaria como sector que posee ventajas comparativas a tal fin, la integración regional y continental, y el objetivo de una mayor integración superadora de un área de libre comercio o de una unión aduanera, son tópicos que han

permanecido en todo el período como objetivos de políticas de Estado. Además, imponiendo a los países miembros la condición indispensable de la democracia como sistema de gobierno.

10- A mayor estabilidad económica y política, mayor diversificación en los contenidos discursivos.

La mayor diversificación temática se ha observado en los dos períodos de mayor estabilidad. A partir de la mitad del primer período menemista, incluyendo su segunda presidencia, y durante la presidencia de Cristina. Ambas etapas coinciden en la estabilidad y la mayor diversificación de los contenidos, considerando los campos semánticos relevados.

La mayor diversificación también puede relacionarse con la variedad, multiplicidad y fragmentación de las demandas, propias de la época y que surgen en contextos de estabilidad y satisfacción de necesidades básicas.

11.- El contenido económico se ha ido imponiendo, progresivamente, sobre el contenido político.

Todos los presidentes han ido aumentando el contenido económico de sus discursos medido por las dos variables de frecuencia utilizadas en la investigación.

Aun considerando todos los campos articulables con los campos semánticos Economía y Sistema político, la tendencia persiste. Decece el contenido político y crece el contenido económico de los discursos.

Esta corroboración, efectuada de diversos modos y con distintos pasos metodológicos e instrumentos de medición, permite afirmar con suficiente evidencia y sustentabilidad que *el contenido económico se ha ido imponiendo sobre el contenido político*. La lectura de los datos nos sugiere varias líneas de hipótesis explicativas del fenómeno, por ejemplo: i) la consolidación del sistema institucional y, entonces, el abandono de algunas categorías discursivas declamativas tendientes, justamente, a consolidarlo; ii) la diversificación y fragmentación de las demandas que obliga a respuestas sectorizadas, específicas y consistentes técnicamente; iii) el debilitamiento de los grandes relatos epopéyicos y la consolidación de un discurso tecnocratizado; iv) la tendencia creciente a la conformación de un discurso dirigido a un sujeto con características de *ciudadano-usuario-consumidor-elector*, más que a un sujeto colectivo social identificado con grandes gestas fundacionales o a un sujeto colectivo de carácter e intereses clasistas.

12.- Paralelamente al crecimiento del contenido económico de los discursos se observa una evolución, desde enunciados poco sofisticados, a la articulación y enunciación de temas económicos más complejos y desagregados.

El aumento cuantitativo del uso de palabras del campo económico coincide con un contenido económico más técnico y específico de los discursos.

El discurso económico fue haciéndose más técnico y menos voluntarista, enfocándose en definiciones específicas propias de la materia y con enunciados que relacionaron conceptos del campo económico entre sí, con mayor consistencia técnica, diferenciándose del enfoque político de la economía, que aún predominaba durante los primeros años del gobierno de Alfonsín.⁵

13- Muchos de los paradigmas económicos impuestos en la década de los 90 se mantienen en los discursos, están consolidados y fuera de la agenda de discusión política.

Luego de la crisis hiperinflacionaria de 1989/1990, que abrió el camino para la aceptación política de decisiones antes impensadas, muchos de los paradigmas económicos del país cambiaron y aún hoy, a pesar de los distintos gobiernos que se sucedieron, se mantienen, están consolidados y fuera de la agenda de discusión política.

En efecto, la lógica de muchos de los cambios económicos no fue revertida, y tampoco dependen, absolutamente, de decisiones soberanas de un Estado nacional. A lo sumo esos cambios fueron atemperados con algún tipo de intervención estatal para mitigar algunos durísimos efectos sociales vía planes asistencialistas y, en su caso, lo que sí se ha transformado, vía intervención estatal, es el modo de gerenciamiento de esos cambios –lo que, en muchos casos, no es poco–, pero no su lógica económica ni discursiva.

Resulta notable observar en gobiernos de distinta tendencia ideológica y pertenencia partidaria la asunción de categorías económicas que, históricamente, han estado en boca de los sectores ortodoxos del liberalismo económico del país. Por ejemplo, se ha puesto énfasis en destacar los beneficios de “la sabia regla de no gastar más de lo que entra”; del “equilibrio fiscal” y de una “mejor recaudación y eficiencia y cuidado en el gasto”. (Discursos de Kirchner)

5. HEREDIA, 2006.

Se habla de inversión y producción, de apertura de mercados para las exportaciones, de competitividad y productividad, de lograr superávit gemelos (fiscal y comercial) y de mantener un nivel consistente de reservas. Este compendio de conceptos económicos responde a criterios tradicionales de la disciplina con los que podrían concordar expertos de los sectores más conservadores.

Resulta interesante apuntar tal cuestión, pues demuestra que ya no existen los otrora existentes relevantes ejes dicotómicos de legitimidad en el discurso económico enunciado por las fuerzas políticas del país, o al menos en aquellas fuerzas que tienen chances ciertas de asumir el poder de administración del Estado. Se observan continuidades discursivas superadoras de recetas pendulares que se adoptaron en el pasado, y que trajeron como consecuencia sucesivas crisis y fracasos. A veces por falta de comprensión de las tendencias insoslayables, gusten o no, que se imponen en el mundo. En ocasiones, por falta de poder o decisión política para adoptarlas. Asimismo, los pasos progresivos que se fueron dando en materia económica, luego de los primeros años de consolidación del sistema político e institucional democrático, fueron complementándose y supliendo carencias que, por ignorancia, impericia, falta de consenso o de poder y legitimidad política, no pudieron aplicarse contemporáneamente. Todo ello debe contextualizarse y comprenderse en el marco de los procesos de globalización y supranacionalidad, que no permiten decisiones extremas, so pena del aislamiento político y económico.

14.- Las palabras más utilizadas en el campo de la economía se relacionan con la producción, el crecimiento y el desarrollo.

La lógica de las repeticiones de las palabras en el campo económico, nos lleva a observar que la creciente preocupación discursiva por la economía muestra una lógica de ponderación del desarrollo y el crecimiento, para lo cual se requiere de mejora en la producción y, a dicho fin, necesidad de inversión en el marco de reglas del mercado. Esta enunciación es correlato articulado del proceso de repetición y significación de conceptos observados en los discursos.

15.- Ante la necesidad de implementación de planes de estabilización, antiinflacionarios, o de ajuste, se abandonan los discursos con propuestas productivistas.

Parece plausible y hay buenos indicios y presunciones para sostener la hipótesis de que, ante la necesidad de implementación de planes de estabilización, antiinflacionarios, o de ajuste, se abandonan los discursos con propuestas productivistas. Por el contrario, ante el estancamiento y la recesión, se reaviva el uso del término, alentando la producción y la productividad del país. Parecen resultar excluyentes, en el discurso político y económico, los conceptos de producción y sus derivados con los requerimientos antiinflacionarios.

16.- El creciente contenido económico en los discursos presidenciales presenta un sesgo desarrollista e industrialista, adoptando algunas reglas del capitalismo, que parecen ya no estar sujetas a discusión.

Una consistente síntesis conclusiva arroja que el creciente protagonismo del contenido económico en los discursos presidenciales, presenta un sesgo desarrollista e industrialista adoptando algunas reglas del capitalismo que parecen ya no estar sujetas a discusión, a saber: la necesidad de inversiones para las que habrá que establecer reglas atractivas, la existencia y el respeto por el mercado en el marco de exigencias eficientistas cada vez mayores. Ello, por sí, genera dificultades para la articulación de políticas expansivas de inclusión social, a través de acciones proclives al desarrollo y crecimiento, con las exigencias de reglas de competencia y eficiencia propias del mercado.

Los principios económicos impuestos en los discursos presidenciales son los siguientes: i) equilibrio de las cuentas públicas, ii) superávit fiscal y comercial, iii) exportaciones y desarrollo del comercio y relacionamiento con el mundo, iv) tipo de cambio competitivo a efectos de la eficiencia de ese relacionamiento, v) acumulación de reservas, vi) crecimiento, vii) desarrollo de infraestructura y viii) preocupación por la recaudación.

Se trata de pilares económicos que ya no están en discusión, más allá de declamaciones ideológicas a izquierda y derecha. Esto reafirma lo ya expuesto en relación a la desaparición de ejes dicotómicos de legitimidad en términos de política económica, en donde la lógica de la economía globalizada impone conductas más allá de las referidas declamaciones ideológicas y que, otrora, eran desatendidas por los gobiernos.

17.- Los discursos están impregnados en su contenido por aquellos ejes en los que el presidente emisor presenta mejores performances.

Como ejemplo se observa que la evolución de la palabra crecimiento es relativamente similar a la del PBI en la economía real, lo cual refleja que su utilización fue mayor por los presidentes que tuvieron crecimiento económico durante sus mandatos (Menem, sobre todo durante su segundo gobierno, Kirchner y Cristina). Por el contrario, las presidencias caracterizadas por crisis económicas y períodos recesivos, son los que menos invocan la palabra crecimiento (Alfonsín, De la Rúa y Duhalde). Los discursos están impregnados en su contenido por aquellos ejes en los que el presidente emisor presenta mejores performances.

18.- Los discursos han evolucionado, tanto en lo político como en lo económico, a un contenido más complejo, sofisticado y desagregado. Ello refleja el estado de construcción y desarrollo del sistema político y económico.

Los discursos han evolucionado, tanto en lo político como en lo económico, a un contenido más complejo, sofisticado y desagregado, presentando una perspectiva más técnica y profesional de los agentes enunciadorees -los presidentes- y los actores que desempeñan roles de administración estatal. Se observa una mayor diferenciación en los discursos de esferas particulares (la económica, la política, la social, la de salud, la educativa, la cultural) y la utilización de un vocabulario específico para cada una de ellas, que limita su aplicación a tales ámbitos y no invade con su significado áreas que no son de su competencia. Ello implica a su vez un salto cualitativo de los enunciados y la superación de categorías básicas. La complejización y mayor sofisticación de los contenidos discursivos refleja el estado de construcción y desarrollo del sistema político y económico.

19.- Los discursos son piezas anticipatorias que reflejan la inteligencia que el presidente tiene sobre el estado de la nación en retrospectiva, y la prospectiva que está pergeñando.

Se debe revalorizar a estas piezas discursivas y prestarle debida atención pues presentan una aproximación bastante certera y fiel de lo que el gobierno intentará hacer en los años venideros. Los discursos reflejan la inteligencia que el presidente tiene sobre el estado de la nación en retrospec-

tiva y la prospectiva que está pergeñando. En este sentido, los discursos son piezas anticipatorias que vienen a reemplazar a las desaparecidas plataformas electorales que ya casi nadie enuncia ni tampoco nadie reclama.

Hubieron enunciaciones en los discursos que fueron realmente premonitorias y que con claridad avizoraron los problemas o cuestiones que se avecinaban. Esa certeza prospectiva del diagnóstico ha resultado muy interesante, pues le añade valor agregado a los discursos como anuncio de lo que vendrá en materia de conflictos y problemas sociales, económicos y políticos que deberán ser afrontados, sin perjuicio del éxito o del fracaso de las políticas que se apliquen a fin de enfrentar esos problemas. Ésa resulta ser otra dimensión que no mensuramos aquí.

20.- El desarrollo de esta investigación no deja dudas sobre la plausibilidad epistémica de los discursos como objeto de estudio.

Como corolario de lo dicho en el punto anterior se corrobora la plausibilidad epistémica de los discursos como objeto de estudio, hallazgo que, si bien lo intuíamos y por ello el desarrollo de esta investigación, no nos deja dudas luego de producido el trabajo.

Veamos algunos ejemplos, entre muchos, que demuestran lo premonitorio de las enunciaciones de los discursos. Primer ejemplo: Alfonsín anunciaba (claro que en términos políticamente potables) los cambios dramáticos que se avecinaban en el mundo del trabajo merced a los adelantos tecnológicos y la apertura económica en el marco de la lógica de los procesos de integración y de la globalización. Ello sumado a la debacle económica y financiera del Estado, presagiaba un horizonte de deterioro social que, fatalmente, se cumplió diez años después.

Otro ejemplo: las motivaciones ideológicas y estructurales con las que se argumentaba para llevar adelante el proyecto de traslado de la capital a Viedma en los primeros años del gobierno de Alfonsín, resultan aún hoy de una increíble actualidad. Casi tres décadas después, aquello que se podría haber rediseñado a partir de esa decisión geopolítica sigue pendiente, y los problemas existentes que se enunciaban para justificar la decisión han empeorado.

Ejemplo final: Las políticas económicas de los 90 fueron las que se presagiaban en los discursos, pero ocurrieron descarnadamente, sin un consenso producto de un debate razonado y sin redes de contención. Veinte años después no se discuten mayormente varias de esas premisas económicas que ha impuesto la lógica del mundo globalizado, pero sí se trata ahora

de gestionarlas desde la política y desde el Estado, en pos de esas redes de consenso y contención que, con dramatismo, impotencia y voluntarismo se reclamaban a fines de los 80 y que se ejecutaron mucho tiempo después, para muchos, ya, extemporáneamente.

III. ¿De qué hablaron los presidentes argentinos entre 1983 y 2011? Análisis por presidencia.

Enumeramos a continuación las características salientes de los discursos de cada presidente durante sus mandatos.

Presidencia de Alfonsín

La Política

1.- Alfonsín ha sido el único presidente, dentro del período investigado, cuyos discursos han tenido mayor contenido político que económico.

2.- Sus discursos tuvieron una marcada densidad conceptual, principalmente insistiendo con conceptos y categorías duras del lenguaje politológico y sociológico. Sin embargo, esa densidad, adoleció de agudeza, suficiente desagregación y adecuada delimitación conceptual, produciendo una superficial mixtura caótica de categorías no debidamente interrelacionadas y desarrolladas.

3.- Alfonsín utilizó los conceptos de *democracia, participación, gobierno, descentralización, modernización, gobernabilidad*, casi como intercambiables entre sí, presentados unos y otros en forma superpuesta y articulada o compuesta, realimentándose unos con otros y a la postre, generando una severa confusión conceptual. En su descargo, la necesidad de la hora para reinstaurar en la cultura política los valores democráticos y republicanos.

4.- Sólo en la presidencia de Alfonsín se enunciaron el 40% del total de las repeticiones nominales de todas palabras del campo Sistema político/régimen político, para todo el período investigado, 1983-2011.

5.- El discurso de contenido político de Alfonsín ha girado en torno a establecer los pilares básicos del Estado de derecho y del sistema democrático, y para ello ha machacado en los conceptos más generales y abarcativos

del campo. Un indicador que refleja lo dicho es que las palabras *democracia, gobierno, política* (en su acepción de actividad política o *politics*), *libertad, instituciones y constitución*, concentran el 82% del contenido político de los discursos de Alfonsín.

El Estado

6.- Se observa un fuerte cambio en las enunciaciones sobre el Estado. En 1983, Alfonsín definió que el Estado debía ser independiente de poderes políticos y económicos extranjeros, ético, y equilibrado entre el liberalismo y el intervencionismo económico. En 1988 sólo se refirió al Estado, insistentemente, por su ineficiencia y a efectos de su reforma y de la privatización de las empresas públicas.

La Economía

7.- Alfonsín anticipaba en relación al trabajo y a la economía, la llegada de un proceso fatal de cambios en los modos de producción vinculados a los desarrollos tecnológicos a los que denominaba, o se refería, bajo el significativo vacío⁶ de *modernización*.

8.- El discurso económico de Alfonsín careció de contenido técnico y tuvo, por el contrario, una fuerte carga *política* en su enunciado y en los significados otorgados a las palabras del campo. Ello demuestra una perspectiva económica no muy elaborada ni desagregada.

Primera presidencia de Menem

La Economía

1.- A partir de la primera presidencia de Menem, en especial al promediar el mandato, comienza a imponerse la tendencia economicista en el contenido de los discursos, por sobre el contenido político.

2.- Hay también algunas significativas diferencias entre los discursos económicos de Menem y Alfonsín que dan pautas notorias sobre el nuevo

6. LACLAU, 2000.

rumbo que tomó la economía en la década del 90. Del discurso de Menem casi desaparecieron las palabras *industria* y *obras públicas*. También las palabras insignia, en el discurso económico de la campaña electoral de Menem, *revolución productiva*, *salario*, *cultura del trabajo*, prácticamente desaparecieron de sus discursos presidenciales.

3.- Las diferencias son reflejo de la opción por el retraimiento del Estado en su rol económico y por la apertura de la economía, sin resguardo de políticas industriales y de protección de las manufactureras locales. Ello se corrobora, además, con la aparición de palabras clásicas del ideario económico liberal, y nuevas del “aperturismo” y “neoliberalismo” de los 90. Entre ellas se destacan *impuestos-tributario*, *estabilidad*, *inflación*, *capital*, *crédito*, *empresas*, y la aparición de palabras novedosas, inexistentes o casi inexistentes en el período anterior, a saber: *competitividad*, *ajuste*, *sector privado*, *especulación*, *privatización*, *economía popular de mercado*.

4.- El discurso económico de Menem presenta algunas ambigüedades en su contenido, producto de una relación de conceptos a priori positivos, en términos de efectos sociales, pero que, en una lectura atenta, permiten percibir los peligros de efectos negativos en el tejido social. Lo que debe reconocerse en sus discursos es que no se ocultaron los lineamientos económicos hacia los que se dirigía el gobierno, si bien fueron expuestos como promisorios pues nadie anunciaría medidas, superada la crisis, notificando que traerían nefastas consecuencias, el contenido del discurso permitía inferir el mapa económico que se dibujaba.

5.- Luego de los dos períodos de gobierno de Menem, muchos de los paradigmas económicos del país cambiaron y aún hoy, a pesar de los distintos gobiernos que le sucedieron, se mantienen, están consolidados y fuera de la agenda de discusión política.

6.- El discurso económico fue, respecto al de Alfonsín, más enfocado a definiciones técnicas propias de la economía, más desagregado y diversificado, y con enunciados que relacionaron conceptos del campo económico entre sí, con mayor consistencia técnica, diferenciándose del enfoque político de la economía que se observó en Alfonsín, especialmente en sus primeros años.

La Política

7.- Menem hizo reiteradas invocaciones, en sus discursos de 1989 y 1990 a la “*unidad nacional*” y a la “*mística nacional*” ante el “*deterioro*”,

“tragedia”, “disolución”, “emergencia nacional” que se enfrentaba. Ese recurso es luego abandonado, al superar la crisis, en sus discursos posteriores, seguramente relacionado ello a su política aperturista y liberal en lo económico.

8.- Menem le imprimió a sus discursos fuertes rasgos carismáticos, utilizando estímulos emocionales caracterizados por elementos sentimentales, los que mezcló con los anuncios más rigurosos de las políticas de emergencia que llevó a cabo al asumir. Esas invocaciones intentaron soslayar el giro hacia las recetas “neoliberales” o “económicamente ortodoxas”, históricamente refractarias a la tradición peronista.

9.- Menem exaltó la capacidad de decisión del gobierno. La característica “decisionista” de su gobierno ha sido analizada por varios autores.

10.- Menem reiteró el enunciado de la palabra gobierno anteponiendo el pronombre posesivo *mi*, de modo que se refirió reiteradamente a “*mi gobierno*”. Se trata de un gesto discursivo de personalismo, que debe entenderse como intención de reafirmación de su liderazgo político y de imposición de autoridad.

El Estado

12.- Menem enunció reiterados juicios críticos respecto a la situación del Estado, tildándolo de burocrático, ineficiente y corrupto, entre otros males que se le endilgaron. Con ese escenario crítico respecto al Estado, encarró enunciados que planteaban la necesidad de una refundación estatal. Los principios de esa refundación giraban en torno a: i) la descentralización de funciones; ii) la venta de las empresas de servicios públicos; iii) la eliminación de regulaciones y de burocracia; iv) la apertura a los mercados mundiales de la economía; v) concentración de funciones estatales en educación, justicia, salud, gobierno y seguridad.

Segunda Presidencia de Menem

La Economía

1.- Se consolida en el segundo mandato de Menem la preeminencia del contenido económico por sobre el político. Además, los discursos de este mandato han sido de los más breves del período investigado. Menem pa-

reció navegar sobre las aguas tranquilas que le depararon su cómoda reelección, y la estabilidad política y económica alcanzada, luego de un largo tiempo de turbulencias.

2.- La merma en el uso de la palabra *producción* y la escasa cantidad de menciones de la palabra *industria*, son fiel reflejo de la recesión acontecida hacia el final de los 90 y de los efectos de la convertibilidad y el aperturismo económico que generaron serias dificultades para la producción de bienes en el país.

3.- Tal cual Menem sostenía premonitoriamente en su discurso de 1999, los paradigmas económicos impuestos en sus presidencias en buena medida han perdurado. La lógica de muchos de los cambios económicos no fue revertida, y esto, a su vez, tampoco depende, absolutamente, de decisiones soberanas de un Estado nacional.

El Desempleo

4- El problema de la generación de empleo fue apareciendo cada vez más sujeto a cuestiones estructurales como los procesos de apertura económica, globalización e integración y las necesidades de competitividad de las economías integradas. Esa competitividad exige, a su vez, el desarrollo tecnológico que, fatalmente, azuza los problemas de desocupación e impone el desafío de la educación y la capacitación laboral para evitar la exclusión social y la marginalidad. Todas estas cuestiones eran percibidas y diagnosticadas certeramente por Menem en sus discursos. Se refería a la situación con articulaciones lúcidas de los problemas que se interrelacionaban y que producían los desequilibrios referidos. Sin embargo, sus propuestas para encarar los serios inconvenientes generados por sus políticas eran en parte voluntaristas, en parte superficiales, pues pretendían buscar soluciones dentro de la lógica de los mismos procesos que las habían generado.

5.- En el marco de estabilidad alcanzado, sin embargo, ya desde el discurso de 1997 se expresan con agudeza los problemas de la desocupación, la desigualdad y la exclusión social que los cambios producidos en la economía estaban generando. Hay varios párrafos en los discursos que relacionan a los derechos humanos, en una nueva dimensión, con las relaciones económicas. En ese contexto, también se quiere relacionar y poner en perspectiva “humanista” a los logros y desarrollos tecnológicos que se alientan y resaltan, pero que también provocan nuevos problemas sociales.

6.- La reformulación de los derechos humanos en clave económica no fue casual, sin duda respondió a un intento de desplazamiento del eje temático, desde los enunciados vinculados a las violaciones a tales derechos y la represión durante el proceso militar, a criterios vinculados a la justicia social y económica en medio de los desequilibrios generados por las privatizaciones, la reforma del Estado y la recesión. Además, fue un intento de sacar del foco principal a la política de amnistía e indultos llevada a cabo por Menem.

La Política

7.- En la segunda presidencia de Menem se percibe un salto de calidad en el discurso presidencial cuando se hace referencia a la democracia. Se destacan algunas aristas netamente procedimentales que reflejan una insoslayable mejora del sistema, aunque sea en su nivel de régimen político. La consolidación del sistema y su continuidad, suponen la superación de algunos desafíos básicos e iniciáticos, pero también de inmediato someten a la democracia a nuevos y aún más exigentes y sofisticados desafíos. Se trata ahora de *democratizar la democracia* o, en las palabras de Bobbio, textualmente citadas por Menem, que “*los males de la democracia se corrigen solamente con más democracia*”. Menem exhortaba claramente a mejorar los instrumentos y mecanismos procedimentales, del nivel del régimen político

El Estado

8.- Menem durante su segunda presidencia fue delineando su modelo estatal posprivatizaciones y posreforma constitucional de 1994. Entre sus definiciones más significativas destacaba que el redimensionamiento del Estado le permitiría contar con una estructura ágil y dinámica propensa a la eficiencia y a la solidaridad. Esta idea de un Estado solidario es polémica, pues parece más adecuada a una política social basada en la acción de entidades caritativas que al diseño de un Estado de derecho y a la expansión de la ciudadanía.

9.- Sus enunciados presentaban respecto al modelo de Estado, ideas oscuras o difusas, ambiguas y, en algunos casos, forzadas, extrapolando conceptos y categorías de manera poco consistente para la construcción

de un supuesto diseño modernizado de Estado. Así, el amontonamiento de conceptos como *solidaridad, eficacia, nación e integración* resulta autocontradictorio y teóricamente inconsistente. Las ideas de rediseño estatal en torno al eje de la modernización, parecen encubrir la limitación del Estado a sus clásicas funciones mínimas del *laissez-faire*.

Presidencia de De la Rúa

La Economía

1.- El discurso económico de De la Rúa no ofreció cambios sustanciales respecto del paradigma menemista. En lo que sí se procuró hacer hincapié, fue en diferenciarse de prácticas relativas a la corrupción y a los ilícitos en el Estado.

2.- De la Rúa sostenía una prédica esquemática que perseguía generar condiciones competitivas para los productos exportables y, así, lograr el crecimiento de la economía y la solución al problema del desempleo. Se trataba de enunciados voluntaristas que chocaban con las condiciones objetivas de posibilidad que la economía ofrecía, en el contexto normativo en la que se desenvolvía, bajo la vigencia de la ley de convertibilidad.

La Política

3.- El gobierno tuvo una actitud autista y cerrada. Un indicador de ello, es la constante enunciación de “*mi gobierno*” que hacía De la Rúa, ignorando lo básico, que se trataba de una alianza con extrapartidarios y con un partido propio, la Unión Cívica Radical, que también lo observaba como a un extraño. Ese personalismo, como si se tratara de un gobierno “fuerte”, no ayudaba a generar lealtades. Esas continuas expresiones constituían un ejercicio discursivo de autoafirmación de poder para evidenciar la existencia de un gobierno sustentable que, en los hechos duros de la política, se mostraba endeble y sin poder de decisión.

El Estado

4.- De la Rúa propuso como nueva reforma estatal aumentar los impuestos, combatir la corrupción y lograr eficiencia. Sus enunciados se presentaban voluntaristas y sin ideas claras que explicaran cómo lograr esos propósitos, que además tenían similitudes con los que había propuesto Menem en sus 10 años de gobierno. Incluso se anunciaba con firmeza que la convertibilidad estaba sólida y se mantendría.

Voluntarismo y realidad política

5.- En el campo de la educación De la Rúa hizo una articulación certera y consistente entre educación, nuevas tecnologías de la información e inclusión/exclusión social. Sin embargo, en la misma pieza discursiva en la que se exponían las dramáticas condiciones económicas y políticas en las que el gobierno se encontraba, se enunciaban las propuestas de un programa de reconversión tecnológica, educativa y social que no parecían oportunas observando el contexto. Además debe recordarse que, meses antes de la crisis que derivó en su renuncia, se intentó un ajuste del presupuesto educativo de las universidades estatales que produjo el rápido cese de funciones del ministro de economía que lo propuso. Una muestra más de la irrealidad que padecía el Presidente.

6.- De la Rúa estableció una enorme diferencia respecto a todos los demás presidentes en la utilización de palabras del campo semántico Ilícitos vinculados al Estado. Se trata sin dudas de uno de los ejes de su discurso. Hizo especial hincapié en temas del campo, por ejemplo, el narcotráfico y la corrupción, como modo de diferenciar su presidencia de las que lo antecedieron. Sin embargo, su gestión, al poco tiempo de iniciada, estuvo envuelta en un severo escándalo por denuncias de corrupción en el Senado.

7.- De la Rúa planteó ideas y planes culturales muy ambiciosos que, en el contexto adecuado, resultarían plausibles, pero que en medio de la severa crisis económica que debió afrontar, quedan reflejados como una prueba más de una conducta autista y alejada de las condiciones objetivas de posibilidad económica y política que debió afrontar, casi un ejercicio amateur de la política.

Presidencia de Duhalde

La Economía

1.- Fue durante la presidencia de Duhalde cuando el campo semántico economía reflejó el coeficiente de repetición más alto, consolidando definitivamente la tendencia progresivamente economicista de los discursos presidenciales. El ranking de las 30 palabras más mencionadas presenta en los primeros lugares mayor presencia de conceptos económicos. Se destacan claramente las menciones a *producción e industria*, conceptos que implican un cambio de paradigma económico que continuó vigente en los gobiernos posteriores.

2.- Sin embargo, ese cambio no implicó trastocar absolutamente las reformas estructurales que dejó como herencia la década menemista. El gran vuelco fue deshacerse del ancla de la convertibilidad, lo que resultaba sumamente complejo, dada la estructura normativa que la sustentaba. La producción, el comercio exterior y las exportaciones, la integración, la superación del déficit fiscal como condición necesaria, la competitividad, son conceptos que pasan a formar parte permanente del discurso presidencial desde la crisis de 2001/2002.

La Política

3.- En sus dos discursos, Duhalde fue quien menos palabras utilizó del campo *Sistema político/régimen político*.

4.- Duhalde se refirió en el contenido político de sus discursos a recomponer el poder político e institucional. Se preguntó por el sistema electoral y por el sistema presidencialista o parlamentarista. Mientras tanto, los discursos reflejan que se operó para limitar las campañas electorales y para acotar las listas sabana posibilitando la apertura de la participación en los procesos electorales y presentando como positiva la participación de candidatos independientes. Paradójicamente, diez años después, las reformas políticas apuntan a lo contrario: fortalecer el sistema de partidos, imponer pisos porcentuales que impidan la fragmentación y la “individualización” o “privatización” de la política.

5.- Las referencias en los discursos a programas, planes y políticas específicas, especialmente de tipo asistenciales, fueron las más enunciadas del campo Estado/administración pública/políticas públicas (38 menciones

nominales en total), representando el 70% del campo. La severidad de la crisis no permitía otra cosa que auxiliar las necesidades más acuciantes e intentar controlar los conflictos más severos.

Presidencia de Kirchner

La Economía

1.- Kirchner debió enfrentar una variedad de conflictos y difíciles condiciones políticas y económicas que derivaron en un discurso que presentó varias novedades en relación a las presidencias anteriores. Se profundizó el sesgo economicista de los discursos, el contenido se tornó más técnico y sofisticado. Las variadas y múltiples demandas de la ciudadanía al sistema político requerían enunciados que no fueran solo consignas o invocaciones emotivas.

2.- Los discursos de Kirchner presentan la aparición de las palabras *deuda, obras públicas, derecho, tecnología, gestión y derechos humanos*, que demuestran la atención a demandas nuevas y variadas. Los altos coeficientes de las palabras *Estado, plan y programa* denotan la intención de una gestión estatal más técnica y profesionalizada, con políticas específicas y sectoriales que se instrumentaron a través de una multiplicidad de planes y programas que pretendían responder a esa multiplicidad y fragmentación de las demandas.

3.- El discurso presenta matices muy técnicos y sofisticados, con cita de categorías y articulaciones complejas de la jerga económica. Fue muy crítico de la convertibilidad y del modelo imperante en los 90 y se insistió con el desempeño activo y regulador que el Estado debe tener en la economía. El consumo interno y la inclusión social fueron también citas recurrentes.

4.- Las principales líneas económicas estuvieron enfocadas a desarrollar políticas de inclusión social, expansión del consumo y del mercado interno. Se retoma la enunciación de conceptos como *política económica*, que remite a una intervención estatal y política en las decisiones del área, las que ya no quedarán sólo sujetas a los mercados, los organismos multilaterales de crédito y a los sectores económicamente concentrados.

5.- Notable resulta observar la asunción de categorías económicas que, históricamente, han estado en boca de los sectores ortodoxos del liberalismo económico del país. Por ejemplo, se pone énfasis en destacar los beneficios

de “la sabia regla de no gastar más de lo que entra”; del “*equilibrio fiscal*” y de una “*mejor recaudación y eficiencia y cuidado en el gasto*”. Se habla de inversión y producción, de apertura de mercados para las exportaciones, de competitividad y productividad, de superávit gemelos (fiscal y comercial), de nivel consistente de reservas. Este compendio de conceptos económicos, responden a criterios tradicionales de la disciplina con los que podrían concordar expertos de los sectores más conservadores.

El Estado

6.- El rol del Estado como *sujeto económico activo* en la realización de obras públicas que permitan reactivación económica, generación de empleos, mejoras salariales y aumento del consumo y del mercado interno, fue claramente reivindicado por Kirchner. El énfasis discursivo en la importancia de la intervención estatal a través de la obra pública, busca diferenciar el discurso respecto a la etapa menemista que estigmatizó las intervenciones del Estado en la economía. Hace también hincapié en la gestión y solvencia técnica de las agencias estatales para la toma de decisiones eficaces y el desarrollo de planes y programas, especialmente, en las áreas de salud, vivienda y educación.

7.- Kirchner anunció en sus discursos la aplicación de más de 50 planes y programas especiales. Casi duplica la cantidad de planes y programas anunciados en los discursos por Alfonsín, Menem y Cristina. Ello también resulta demostrativo del rol activo que desde el gobierno se le impuso al Estado a través de una gestión planificada, activa e intervencionista.

La Política

8.- Las palabras del campo semántico *Sistema político/régimen político* han tenido un uso especialmente relacionado a la función de *gobierno* de la administración estatal, y la *política* ha sido enunciada, principalmente, como actividad de gestión y desarrollo de políticas públicas (*policy*), enunciando innumerables planes y programas activos de aplicación específica y sectorial. Kirchner hace hincapié con énfasis en desideologizar los conceptos, posiblemente a fin de combatir creencias y prejuicios de excesiva ideologización de su gobierno.

9.- Kirchner plantea desde el inicio de su presidencia, un cambio de paradigmas. Sin embargo, tanto o más que cambio de paradigmas, se puede sostener que hubo un redireccionamiento en el proceso de toma de decisiones políticas que recoge muchos de los paradigmas ya esgrimidos por los gobiernos anteriores y los reformula, corrigiendo decisiones y sesgos de políticas que se tomaron en el pasado, pero operando, en muchos casos, sobre los mismos conflictos. El Estado de derecho; el bien común; la efectividad (eficacia) de la democracia; transparencia y cumplimiento de las reglas; la capacidad reguladora del Estado; son ideas que integran ese nuevo “viejo” paradigma.

10.- Kirchner ha reivindicado el rol de la clase política y de la actividad política en general (*politics*), contra el desprestigio que había acumulado hasta alcanzar la apoteosis con la crisis de 2001/2002 y la consigna “que se vayan todos”. Pretende reivindicar el rol de la política y de los políticos en base a la recuperación del poder y la capacidad de decisión del Estado.

11.- Uno de los ejes del discurso de Kirchner acerca de la democracia es la asociación del término con los derechos humanos. La idea básica es que no puede haber democracia sin aquéllos, un piso mínimo de un Estado de derecho en el cual se goce de garantías civiles y políticas como condición indispensable para el régimen político democrático. También Kirchner utiliza el concepto de democratización en sus discursos. Ese enfoque considera a la democracia como un proceso en constante construcción y que debe expandirse a todos los espacios políticos, sociales y económicos.

La Educación

12.- Kirchner ha enunciado un discurso diversificado, sofisticado, desagregado y específico sobre educación, refiriéndose a una variedad de conceptos. Ello refleja un tratamiento del campo con cierto grado de complejidad. La línea argumental central de Kirchner refiere a la educación como clave para superar el binomio inclusión-exclusión; la tecnología, la ciencia y el conocimiento son consideradas vitales para una educación de mayor calidad; y ésta como condición para emerger de la exclusión y la desigualdad.

Presidencia de Cristina

La Economía

1.- Se profundiza en los discursos de Cristina el peso del contenido del campo económico por sobre el político, reforzándose aún más la tendencia que se observa en todo el período. Se trata de un discurso más economicista y técnico respecto, no sólo al discurso de Kirchner, sino al de todos los presidentes. Su discurso económico es el más diversificado de todo el período. Utiliza una notable cantidad de palabras inéditas hasta su presidencia y articuladas con resaltable grado de complejidad técnica.

2.- El discurso económico de Cristina refrenda el modelo de Kirchner, pero muestra aún una mayor diversificación, versatilidad y especificidad y, a su vez, pretende diferenciarse y establecer un estilo propio en el enunciado del campo.

La Política

3.- Los discursos de la Presidente son fuertemente reivindicativos de la política como actividad. La política no es, según Cristina, mera administración gerencial de los recursos del Estado, sino que debe ser entendida como compromiso de transformación social.

4.- El discurso de Cristina, finalmente, reivindica para la política y los políticos la legitimidad del debate, la representación y la toma de decisiones, pero no explica cómo canalizar eficazmente, a través de esos canales representativos tradicionales de la política, a la participación, naturalmente fragmentada en los tiempos que corren, por la aparición y recepción de nuevos intereses y demandas y el desarrollo y consagración jurídica de ellos, transformándolos en nuevos derechos.

5.- Existe una continuidad en torno al discurso de la democratización, en el sentido de su profundización, más allá del funcionamiento de los aspectos formales del régimen político democrático. Ahora se le agrega una nueva dimensión: la democratización del sector privado. De acuerdo al discurso de Cristina, no solamente hay que mirar al sector público cuando se habla de transparencia y democracia, sino que es necesario también democratizar y hacer más transparente al sector privado, o al menos a ciertos sectores eco-

nómicos concentrados. Para ello, el Estado debe tomar nuevamente un rol activo en su intervención económica.

El Estado

6.- La presidente define el rol del Estado, que debe ser activo y claro garantizando condiciones para el desarrollo del modelo económico ya referido. Ese rol activo del Estado remite a: una gestión prolija y una correcta asignación de recursos; el mantenimiento del equilibrio fiscal, sosteniendo el superávit y la idea de “no gastar más de lo que ingresa”; la política de desendeudamiento; la acumulación de reservas; la competitividad o el objetivo del crecimiento económico; entre otras. También enuncia Cristina las características del rol activo del Estado en la intervención social, a través de la generación y el sostenimiento del empleo, los aumentos de salarios y jubilaciones y la implementación de la asignación universal por hijo.

La Educación

7.- Cristina acredita el discurso más diversificado sobre educación. Como datos distintivos para agregar, presenta el mayor coeficiente en palabras que hacen referencia a *ciencia y científicos* dentro de un marco de ausencias notorias de referencias al área en algunos períodos presidenciales. Este dato ha sido refrendado en la praxis política con la creación del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación productiva en el año 2007, además de las políticas de fomento de la investigación y repatriación de científicos. También Cristina presenta coeficientes por sobre la media en *docentes, universidad, conocimiento* y, en especial, en *escuela*, término al cual remite repetidas veces en relación a la construcción de las mismas, lo que denomina *infraestructura educativa* a fin de mejorar la *calidad educativa*.

El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional¹

Patricio Alejandro Maraniello*

I. Introducción

Considerar que la figura del juez no se ha modificado a lo largo del tiempo y que este siglo XXI no lo tiene como actor principal, es no ver la realidad.

En este aspecto existe un movimiento denominado “activismo judicial”, que ha permitido aumentar y revalorizar las funciones de los magistrados judiciales, sean éstos nacionales o provinciales, siempre en un mejoramiento del sistema judicial, respetando los derechos y garantías constitucionales.

El Poder Judicial no es unipersonal como el Poder Ejecutivo ni bicameral como el Poder Legislativo, sino: a) *difuso* en lo que respecta al control de constitucionalidad (art. 116 de la Constitución Nacional –en adelante CN–) y b) *jerárquico colegiado* en lo relacionado con la interpretación de la Constitución, al ser el último órgano custodio de las normas fundamentales, con una Corte Suprema de Justicia como órgano supremo y tribunales

* Director del Curso de Posgrado en Derecho Constitucional para la Integración Judicial. Profesor Adjunto Regular en Derecho de la Integración y Profesor de Posgrado, Facultad de Derecho, UBA. Profesor Titular de la Universidad de Concepción del Uruguay. Profesor Asociado en la UCES y la ECAE.

1. Parte de este trabajo ha sido expuesto en la conferencia brindada en el Colegio de Abogados de Entre Ríos el 27 de junio de 2008, en el marco del curso de actualización en derecho procesal civil y comercial.

inferiores² (según el art. 116, CN). En el caso “Pérez de Smith, Ana”³ la propia Corte se ha denominado a sí misma “cabeza del Poder Judicial” sosteniendo que, en ese carácter, posee las facultades implícitas.

Con la reforma constitucional de 1994 la mayoría de las cuestiones de administración del Poder Judicial pasaron a ser potestad del Consejo de la Magistratura Nacional (art. 114, CN), aunque la Corte Suprema de Justicia formó la administración que ella misma organiza.

Ahora bien, retomando el tema del activismo judicial, debemos señalar que es considerado el eje por el cual giran varios temas:

- El rol del juez (elementos de funcionalidad) con nuevos institutos procesales (elementos procesales).
- La inconstitucionalidad por omisión y de oficio (nuevas herramientas constitucionales)⁴.
- Garantías constitucionales (elementos limitativos).

De allí nacen los siguientes interrogantes ¿cómo ha comenzado el activismo judicial?, ¿cuáles son las reglas que lo regulan? Y lo más importante, ¿cómo puede ser utilizado en el Poder Judicial para un mejor servicio de justicia, para beneficio de toda la sociedad?

II. Evolución histórica del Poder Judicial en la Argentina

En el Cabildo se desarrollaba todo el ordenamiento jurídico de la ciudad, como lo establecían las Leyes de Indias. Don Juan de Garay, la mañana del 11 de junio de 1580, día de San Bernabé, suscribió el acta fundacional de la ciudad de la Trinidad y Puerto de Santa María de Buenos Aires y creó el Cabildo.

2. Los tribunales inferiores que enuncia la Constitución están compuestos por las Cámaras de Apelaciones (en materia penal debemos agregar los Tribunales Orales y la Cámara de Casación) y los juzgados de primera instancia.

3. Fallos 300:1282; LL 1979 –A-430.

4. Herramientas estas que resultan de vital importancia en el fiel resguardo de los preceptos constitucionales.

Cabildo proviene del latín *capitulum*, es decir, “a la cabeza”. Estas instituciones típicamente españolas se revitalizaron al llegar a América. Estaban constituidas por un cuerpo colegiado con funciones administrativas, legislativas, judiciales, de policía y de milicia; sus miembros eran elegidos anualmente entre los vecinos por mayoría de votos; se reunían ordinariamente en cabildos cerrados y cuando los asuntos lo requerían por su importancia, en cabildos abiertos. El Cabildo de Buenos Aires se destacó por sus cabildos abiertos, donde se tomaban decisiones que escapaban a su competencia institucional, pero que fueron cimiento de la emancipación argentina.⁵

En otra instancia procesal la justicia era impartida por la Real Audiencia formada por oidores con una clara dependencia con el poder político. Luego del año 1812 se creó la Cámara de Apelaciones donde aquéllos fueron reemplazados por conjuces criollos con atribuciones judiciales, que se mantenían en sus cargos mientras durara su buena conducta.

Estas cámaras tenían injerencia del Poder Ejecutivo, atento a que este último juzgaba en cuestiones castrenses, vigilaba el cumplimiento de la ley y la recta administración de justicia. Y la Asamblea Legislativa era la única que podía interpretar la ley, mientras que los jueces sólo debían aplicarla.

Es sabido que en el período señalado el activismo judicial no existía, pues los encargados de velar por un mejor ordenamiento jurídico para los ciudadanos no eran los jueces a través de sus sentencias, sino la ley. Más aún, los magistrados no tenían facultades para interpretarla, pues estaba vedado para ellos.

En el proyecto constitucional de 1826 se reguló la creación de una Corte Suprema de Justicia Nacional con funciones más comprometedoras en la interpretación de la ley, pero iniciada y finalizada en el mismo tribunal a través de dos salas, una de tres miembros, que conocerían en grado de primera instancia, mientras que la otra estaba compuesta por seis miembros, que eran los que entendían en última instancia en apelación de la anterior. Quizás ello podría ser una fructífera solución a la problemática de todas aquellas causas iniciadas en forma originaria y exclusiva ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en donde no se respeta la doble instancia de revisión exigida por los arts. 8º, inc. 2º. h. (para delitos) y 25, inc. 2º. b

5. www.cultura.gov.ar/direcciones.

(compromiso de protección judicial) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la ley 182 de 1858, dictada por la Confederación, se establecieron dos vías de impugnación, a saber: a) los fallos de los jueces provinciales podían ser apelados ante los juzgados de primera instancia de sección; y b) los fallos del Tribunal Supremo de Justicia Provincial podían acceder en algunos casos al Máximo Tribunal de Justicia Federal.

Con la reforma de 1860 se dejó sin efecto la posibilidad de apelar ante los juzgados de sección y se creó la Corte Suprema de Justicia Nacional y los tribunales inferiores (art. 108). Otro punto importante de la reforma constitucional de 1860 fue la derogación del art. 97 en lo atinente a la posibilidad de que el Poder Judicial Nacional actuara ante los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia.

Luego, en el año 1862 se dictó la ley 27, donde se crearon los juzgados federales y se dejó sin efecto la posibilidad de recurrir las sentencias de los juzgados de provincia a los juzgados federales.

La Corte comenzó a funcionar en septiembre de 1863 con siete miembros con las funciones que hoy conocemos. Luego de sendas regulaciones normativas⁶ y pretorianas⁷ se fue forjando un mayor número de causas que produjo en los últimos años una excesiva saturación en el Máximo Tribunal, que en muchas ocasiones se ha transformado en una tercera instancia de cuestiones procesales.

En lo que respecta a la regulación constitucional de las atribuciones y las funciones del Poder Judicial, en grado comparativo con los restantes poderes, se la ve exigua, casi imperceptible, si tenemos en cuenta que la Constitución dedicó treinta y dos incisos del art. 75 para enunciar las atribuciones del Poder Legislativo y veinte incisos del art. 99 para describir las funciones del Poder Ejecutivo. Mientras que en el Poder Judicial tan sólo tenemos: a) el preámbulo (“...afianzar la justicia...”), y b) el art. 116 (“...conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes...”).

Sin embargo, los jueces a través de los años han adquirido una actitud muy fuerte en el plano jurídico, sociológico y político, que se seguirá incre-

6. Leyes 48, 4055 y decreto-ley 1285/58, entre otras.

7. Arbitrariedad de sentencia y gravedad institucional.

mentando producto de una sociedad más peticionante y demandante de los derechos constitucionales.

III. Activismo judicial

1. Génesis

Activismo es toda actitud activa, frontal y directa frente a diferentes obstáculos que se pueden presentar en el camino hacia un determinado objetivo. La palabra “activa” deriva del latín *activus*, que significa facultad de obrar con diligencia, eficacia y prontitud, sin dilación.⁸

Aquí encontramos la característica general y los elementos esenciales del activismo. Dentro de la primera tenemos la facultad de obrar sin dilación, mientras que sus componentes esenciales son: a) diligencia,⁹ b) eficacia,¹⁰ y c) prontitud.¹¹

La locución “activismo judicial” fue, posiblemente, usada por vez primera por la Suprema Corte de EE.UU. alrededor de 1954 cuando se auto-proclamó “activista”, muy especialmente bajo la presidencia del Juez Earl Warren, con el célebre caso “Brown vs. Board of Education” del 17/5/1954, en el que se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación.

8. Microsoft® Encarta® 2007 © 1993-2006 Microsoft Corporation.

9. Una persona diligente es todo actuar rápido en el obrar, activo. La negligencia se nutre con nuestras dilaciones: “Todavía tengo tiempo, aún falta para..., mañana lo haré, ya veré si encuentro alguien que lo haga, no hay apuro...”. Esas postergaciones equivalen a olvidos; la única diferencia es que, en lugar de relegar las obligaciones al subconsciente, las relegamos en el tiempo.

La negligencia se nutre con las cosas hechas a medias, para salir del paso, para cumplir con lo justo o algo menos, sin que se note demasiado la escasa efectividad. Esas cosas hechas a medias son peores que las mal hechas: si hemos de dar el ejemplo, poco lo daremos con un trabajo al que le faltan detalles, mal terminado, con dudosa calidad, a lo que se suma el mal gusto de echarle la culpa a otros compañeros o a las “difíciles circunstancias”, por lo que pudo haber sido y no fue (www.nuevaacropolis.org.ar/negligencia-o-diligencia).

10. Cualidad de eficaz. Se aplica a la persona o cosa que realiza satisfactoriamente su función.

11. Rapidez en hacer algo. Deriva de la palabra *pronto* que significa *rápido y diligente*.

ción racial en las escuelas norteamericanas. Lo curioso de este caso, de ahí la posición activista, es que nada se dijo sobre la forma de ejecución de dicha sentencia, ni incorporaba a los cinco chicos demandantes, ni obligaba a las cinco mil escuelas a dejar de lado la norma inconstitucional que beneficiaría a tres millones de estudiantes de color.

Los jueces, en este caso, tuvieron dos caminos, obligaban a acatar la sentencia de cumplimiento imposible o tomaban un rol protagónico político cuya decisión se basaría en tan sólo colocar en la sentencia a la gente que el sistema excluía, demostrando que chocaba con los derechos constitucionales y que estaban en vías de extinción. La Corte optó por esto último y, al año, es decir, en 1955, las grandes ciudades y los centros marginales habían cumplido la sentencia; los Estados sureños fueron los que más se resistieron al cambio, y recién a los siete años las escuelas lo cumplieron en su totalidad. Dicha modificación comenzó en el año 1958 con el fallo “Cooper vs. Aaron” en el que la Corte reafirmó su posición, estableciendo su obligatoriedad para la Legislatura y los Tribunales de Justicia de dicho Estado.

Esta decisión con ribetes políticos no altera la división de poderes que, como sostiene Alberto Bianchi,¹² es la reafirmación dinámica del Estado de Derecho.

Si bien como se ha señalado la palabra activismo tuvo sus comienzos en los fallos de la Corte de EE.UU., el instituto tuvo sus antecedentes hace más de setecientos años en las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, donde en la Partida Tercera, Ley 11, Título IV, se le imponía al juez “saber la verdad del pleito por cuantas maneras pudiese” otorgándole un poder muy amplio (activismo), siempre que lo sea en aras de esclarecer la verdad del litigio.

Ello fue sostenido por Estévez Seguí¹³ –uno de nuestros primeros procesalistas argentinos– que había rescatado esta facultad proveniente de las partidas, antes de que la Ley de Enjuiciamiento Civil Española señalara en su tratado que el juez podía buscar la verdad en cualquier tiempo hasta la sentencia. Es por ello que aquél no sólo fue el primer procesalista, sino también el primer activista judicial.

12. BIANCHI, Alberto, *Dinámica del Estado de Derecho*, Ábaco, Bs. As., 1996.

13. CARNOTA, Walter, “El activismo judicial en materia de seguridad social”, La ley, diario del 17 de julio de 2008.

Resumiendo, un juez activista es un magistrado que desprovisto de toda formalidad brega por el cumplimiento de sus propósitos en búsqueda de la verdad jurídica objetiva con respeto de los derechos constitucionales.

2. *Causas y factores*

Este realce de la función jurisdiccional con el activismo judicial, cimentado en la creencia de un juez “Hércules” todopoderoso en la célebre imagen de Dworkin, responde sin dudas a una multiplicidad de causas y factores,¹⁴ que pueden sintetizarse en los siguientes:

- Triángulo invertido, peticiones individuales de los justiciables hacia un ensanche del sistema, y de los órganos políticos.
- La lentitud de las causas producto de la burocracia procesal.
- Cláusulas constitucionales y legales de textura abierta.
- El sentir que la democracia es el “derecho de tener derechos”, ha hecho mucho por hipertrofiar el papel del juez en las sociedades contemporáneas.
- Desapego entre el juez, las partes y la causa.

Para el caso poco ha importado el entramado institucional que da cobijo a estas conductas, es decir, el concreto diseño de ingeniería constitucional del régimen político de que se trate. El auge del activismo judicial es muy importante, v. gr., en los sistemas continentales romanistas del *civil law* generalmente apegados a estructuras parlamentarias, como a los presidencialismos derivados de la Constitución norteamericana de Filadelfia de 1787.

Se ha dicho que así como el siglo XIX era considerado “el siglo de los Parlamentos” y el siglo XX el de la “preponderancia del Ejecutivo”, la centuria en la que vivimos será, para utilizar la jerga de Norberto Bobbio, la “era de los jueces”.

14. “La Corte Suprema en acción”, Lexis Nexis, 2007.

3. Características especiales

Morello¹⁵ da como características esenciales del activismo los siguientes elementos:

- El poder judicial como verdadero poder del Estado, fijando políticas judiciales.
- Respeto de la Constitución por sobre todas las normas y fundamentaciones jurídicas de las partes.
- Búsqueda primordial de la justa solución del caso
- Creatividad de las sentencias.
- Protagonismo del tribunal.
- *Aggiornamento*¹⁶ del servicio de justicia.

Según Peyrano, el activismo judicial es creativo y ha aportado numerosos institutos procesales como: a) las medidas autosatisfactivas, b) el recurso indiferente, c) la reposición *in extremis*, d) la llamada tutela anticipatoria, y f) el recurso *in finitum* (esto se relaciona con la pretermisión de trámites, es decir, “dejar de lado” u omitir), entre muchos otros.¹⁷

A ello habrá que adunarle la inconstitucionalidad de oficio y por omisión, herramientas éstas que resultan de vital importancia en el fiel resguardo de los preceptos constitucionales.

Si bien muchos del ideario activista permanecen en el plano pretoriano, debe consignarse que parte de su repertorio ya se ha plasmado legislativamente. Así ha acontecido, por ejemplo, con las medidas autosatisfactivas,¹⁸ las cargas probatorias dinámicas,¹⁹ la reposición *in extremis*,²⁰ la denuncia

15. Italianismo que significa remozar (dar un aspecto más nuevo o moderno a algo) o actualizar (más que reinventar algo es adaptarlo a los cambios competitivos).

16. LL 26/2/2008.

17. Art. 232 bis del Código Procesal Civil de la Provincia de Chaco, los arts. 785 al 790 del Código de Corrientes y la ley de Santa Fe 11.529 sobre violencia familiar.

18. Art. 377 del Código Procesal Civil de Corrientes y art. 360 de la Pampa.

19. Art. 241 bis del Código de rito de Corrientes.

20. Primero se obtiene la resolución o sentencia y luego se escucha al demandado –*solve*

de daño temido (art. 623 bis, CPCCN), la oposición a la ejecución de reparaciones urgentes (art. 623 ter, CPCCN), los procesos monitorios²¹ y las medidas cautelares innovativas,²² que más adelante veremos.

El activismo se preocupa, ante todo, por la justa solución del caso y por el respeto de los principios y derechos constitucionales, y no tanto por no contradecir o erosionar el sistema.

4. Tipos o clases de activismo judicial

Una parte de la doctrina[□] considera que una sentencia es propia de un ejercicio activista de la judicatura cuando el tribunal, además de solucionar el caso concreto traído a su juzgamiento, envía señales innovadoras a los demás poderes, a los jueces inferiores y a la sociedad en general, tendientes a generar un cambio en la legislación o en la jurisprudencia o en las costumbres (respectivamente).

Sin embargo, esas señales innovadoras pueden ser razonables e irrazonables; como ya dijimos, el activismo se preocupa ante todo por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar el sistema. Por lo tanto, podemos establecer dos tipos de activismo, el razonable o justo y el irrazonable o injusto.

a) Activismo razonable o justo

Puede consistir, por ejemplo, en:

- Ampliar las garantías procesales para la protección de los derechos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes.²³

aut repete (pague o discuta)–. Se ha incorporado en Uruguay, Brasil –1995– y en el art. 472 del Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos.

21. *Ibidem*.

22. Ver MANILI, Pablo, La Ley 2006-D, 1285.

23. Casos “Ángel Siri (1957)” y “Samuel Kot SRL” (1958) cuando dio nacimiento a la acción de amparo, que luego se plasmó en la ley 16.986 (1966) y en el art. 321 del CPCCN,

- “Crear” derechos, es decir, garantizar la protección de un derecho no enumerado por considerarlo de raigambre constitucional, ampliando así la nómina de derechos protegidos –derivación del art. 33 de la CN–.²⁴
- Señalarle al Congreso la necesidad de una reforma legislativa en determinada materia.²⁵
- Establecer sentencias como modelo social a seguir por el Estado y por todos los ciudadanos.²⁶

b) Activismo irrazonable o injusto

Si bien se cumple con los designios activistas, van a contramano de los preceptos axiológicos de justicia.

- Allanar los caminos procesales para facilitar y homologar el accionar del Gobierno, a través de un salto de instancias.²⁷
- Convalidar normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales.²⁸
- Convalidar excesos del poder en general. Este punto tendría una función residual por la cual toda conducta que no tenga

para actos contra otros particulares. Muy recientemente, en el caso “Halabi” (2009) la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha creado la garantía constitucional de “acción de clase”.

24. Caso “Sejean” (1986).

25. Art. 170, inc. 8º de la Constitución de Formosa: “... Proponer a la Legislatura cuanto estime pertinente en lo referente a la administración de justicia, pudiendo designar a alguno de sus miembros para que concurra al seno de las comisiones legislativas a fundar el proyecto, aportar datos e informes relativos al mismo”.

26. Caso de la Corte de EE.UU. “Brown vs. Board of education” (1954).

27. Casos “Dormí”, 1990; “Reirizt”, 1996; “UOM”, 1996 y “Rodríguez”, 1997.

28. “Ercolano vs. Lanteri” y “Avico vs. De la Pesa” se invocó el bienestar general (directo) como condicionante de una de las manifestaciones del derecho de propiedad de un grupo en beneficio de la mayoría. “Cine Callao”, se invocó el bienestar directo. Fallos “Peralta”, “Busto” y “Galli” en los que convalidaron la “pesificación de ahorros y de bonos de deuda del Estado, respectivamente.

una regulación específica en lo atinente a los excesos de poder entraría dentro de los actos de excesos de poder general.

c) Activismo social

La Justicia puede y debe generar cambios sociales cuando la política y los políticos se muestran impotentes o, simplemente, no están dispuestos a impulsarlos, sostiene William Koski, abogado y doctor en educación docente e investigador en la Universidad de Stanford, en Palo Alto, California; es, además, activista civil norteamericano que procura la igualdad de oportunidades educativas, por ejemplo, la posibilidad de que los chicos más vulnerables puedan tener una educación completa.²⁹

En California, el Estado de donde proviene, empieza a haber cierta conciencia de que la educación de los chicos vulnerables es la clave para el progreso de todos, y no sólo del sector directamente beneficiado.

Barack Obama es descendiente directo de este movimiento, que cree que se puede y se debe usar la Justicia para terminar con la discriminación y generar cambios en la sociedad cuando los canales políticos están cerrados.

Koski explica que este movimiento civil, que busca en la Justicia una aliada para terminar con la discriminación, se remonta a 1954, cuando el Tribunal Supremo, a través de un histórico fallo (conocido como el caso Brown), declaró inconstitucional separar a los niños negros de los blancos en las escuelas públicas. “A partir de ese momento, dice, también se volvió inconstitucional la segregación en cualquier otro sitio público. Y fue un precedente para otros grupos discriminados, como las mujeres en el ámbito laboral, que empezaron a ver la justicia como una vía eficaz para reclamar por sus derechos.”

El caso Brown tuvo dos alcances: uno amplio y otro más limitado. En el corto plazo fue muy difícil, porque los líderes políticos del Sur se resistieron a la medida. Hay una imagen muy fuerte del gobernador de Arkansas, en Little Rock, bloqueando la escuela para impedir el acceso a los chicos negros. Tuvo que ir la Guardia Nacional para desbloquearla. Las familias blancas abandonaban la ciudad para evitar que sus hijos se mezclaran con

29. La Nación, diario del 28/10/2009.

los de color. Sin embargo, la generación siguiente a la de Brown vivió el proceso de desagregación. Aún hoy en algunas escuelas estadounidenses el racismo sigue siendo fuerte y la segregación continúa. Con todo, el avance es innegable.

En EE.UU. no hay un derecho que garantice la educación universitaria; la obligatoria es sólo hasta los dieciocho años y en algunos Estados, hasta los 16. Pero la discriminación empieza mucho antes, en la provisión no igualitaria de un servicio que debería ser de igual calidad para todos.

Hubo un caso interesante en Kentucky, en 1999. La Corte, basándose en el derecho a recibir una educación completa, dijo que todo el sistema educativo del Estado era inconstitucional. Este tipo de fallos abre un surco e instala el debate.

En este sentido, la Argentina, con todos sus problemas, es un sistema de avanzada, atento a que existe la gratuidad también a nivel universitario, que en muchos casos resulta, incluso, mejor que otras universidades privadas. Además, en EE.UU. no tienen garantizado el derecho a la educación preescolar, y nuestro país sí.

Otra cuestión preocupante en grado comparativo es que, en términos de acceso a la vivienda y a la salud, en Estados Unidos esos derechos no están protegidos por la Constitución o por leyes que estén siendo vulnerados por el Estado. Entonces, no existe, en principio, ningún derecho que reclamarle a aquél.

IV. El rol del juez en el activismo judicial

Existen muchos interrogantes sobre esta cuestión; quizás haya sido la figura institucional que más cambio ha tenido a lo largo de la historia social y política de los Estados. Pero ¿cuál es el verdadero rol del juez en un sistema republicano, democrático y federal?, ¿qué límites ostenta la magistratura en su función específica?

La crisis político institucional en toda Europa y en especial en Alemania (1919), posibilitó la elaboración de cambios en las reglas institucionales. Carl Schmitt en su libro *La defensa de la Constitución*, escrito en 1931, fijó algunos conceptos al tema en cuestión, donde el Poder Judicial no puede ser protector de la Constitución. El presidente del Reich es su único defensor. El parlamento es curador del derecho. Control concentrado y difuso.

Por otro lado, Hans Kelsen en su libro escrito en 1932 llamado *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, propone que el juez es el único

guardián de la Constitución por ser un poder no influenciado políticamente y técnico en la materia. Diseña un control de constitucionalidad concentrado a través de un Tribunal constitucional independiente. En este contexto, el juez puede declarar la inconstitucionalidad de oficio o a pedido del Gobierno. La declaración es principal, autónoma y tiene fuerza en el caso concreto.

Por lo tanto, el Poder Judicial es:

- Miembro de un Poder del Estado.
- Busca y protege los derechos y el equilibrio de justicia.
- Es el guardián de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derecho humanos.

1. *Los modelos de justicia*³⁰

Si bien el rol del juez tuvo muchas aristas, Adolfo Alvarado Velloso³¹ sintetizó que para poder ejercer correctamente su función debe tener:

- Independencia,
- ciencia,
- diligencia,
- lealtad, y
- decoro.

En sus comienzos, el modelo de justicia era *legalista liberal*, para luego transformarse en *normativo tecnocrático*. El primero es el que más conocemos en la enseñanza universitaria y vivimos en la experiencia judicial, se caracteriza por la primacía de la ley, la separación de poderes, y también por un especial emplazamiento del juez para que resuelva los conflictos con respaldo en una teoría de la interpretación.

30. MORELLO, Augusto, ob. cit.

31. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "El juez del siglo XXI", LL, Suplemento Realidad Judicial del 13-12-2002.

En un encuadre sustancialmente diferente, la justicia *normativa tecnocrática científica* es esencialmente funcional, teleológica, instrumental, evolutiva y pragmática. Expresado de otro modo, al modelo liberal (modelo de la *rule of law*) se le superpone con pretensiones de desplazamiento un modelo posliberal que consagra la declinación de las reglas del derecho a través de un Estado burocrático, en el cual el derecho se adapta (*responsible law*) recubriendo las manifestaciones contemporáneas de regulación jurídica mediante largos procesos participativos, informados de las realidades sociales y en constante tarea de adaptación.

La cuña gravitante de la transformación del servicio radica en la nueva posición y actitud del juez y en el modo de aplicar la teoría de la interpretación de las normas.

Desde esta nueva perspectiva, el método de interpretación se modifica básicamente toda vez que el campo de la libertad del juez es mucho mayor, sin escapar a un cometido verdaderamente creador. Tanto ello es así que en última instancia se ha señalado que en nuestros días, y desde ese horizonte, la mutación que ponemos de resalto es susceptible de simplificación al mostrar dos modelos de justicia: el *interpretive model* en donde el juez resuelve los casos particulares con la ayuda de reglas y valores generales preestablecidos y el *judicial-power model* en donde el juez no tiene dudas en consagrar reglas y valores nuevos.³²

En este último aspecto está la nueva figura del juez que ha decidido ser el único guardián de la Constitución, de las libertades y las garantías constitucionales, sin atarse al silencio de la norma (inconstitucionalidad por omisión) o a la mala norma (inconstitucionalidad de oficio), sino tan sólo mantenerse en su rol de intérprete final de la Constitución y de creador, donde, sobre todo, privilegia la verificación de los resultados a que su exégesis conduzca en el caso concreto, como muchas veces lo ha definido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.³³

32. WINTER, "The judiciary in a democratic society", Lexington, 1979.

33. Caso "Baliarda, José y otros", consid. 3, Fallos 300:359.

2. Los tres modelos de juez

Hasta aquí el perfil del juez es el de entrenador, pacificador o protector, (*juge-pacificateur, juge-arbitre y juge-entraîneur*, respectivamente).³⁴

Por otro lado, el profesor belga Ganshof Van Der Meersch sostiene que lo que atañe a la especialidad de los magistrados, la creación de secciones es compartida por la Asociación de Expertos –los asesores laicos– en las deliberaciones de los jueces tradicionales.³⁵

Bien se puntualiza que generalmente a la multiplicación de conocimientos exigidos a los jueces corresponde la multiplicación de los roles que han tenido que asumir. Es por eso que a un juez de menores se le requiere que sea al mismo tiempo un “padre”, un “confesor”, un “psicólogo” y un “médico”. El futuro juez de familia deberá ser un padre de familia que se hace psicólogo, sociólogo y consejero. El juez comercial, a su vez, deviene en guardián de la buena gestión financiera y comercial.

En Francia se multiplican los proyectos de reforma a través de los tribunales de familia que favorecen las concepciones médico-educativas por encima de las soluciones estrictamente jurídicas, en los que se aplican diversas técnicas de las ciencias humanas (asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, consejeros conyugales) y que irrumpen con fuerza avasallante susceptible de poner un nuevo modelo de justicia.³⁶ Es entonces cuando aparecen fórmulas híbridas de intervención judicial e intervención administrativa, dejándose abierta la posibilidad revisora de lo actuado administrativamente ante una instancia judicial. Todo demuestra las preferencias por las técnicas informales de resolución de conflictos (conciliación, mediación y arbitraje).

Del conjunto de reflexiones que aporta el autor, hace hincapié en tres variantes: el juez *pacificado* (prototipo del modelo de las sociedades tradi-

34. OST, Francois, “Trois modèles de justice: juge-pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur”.

35. “Réflexions sur l’art de juger et l’exercice de la fonction judiciaire”, J.-T. p. 520, citado por Morello ob. cit.

36. Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Comparado celebrado en Pau, Francia, en 1981.

cionales preliberales), el *juez árbitro* (juez neutral en el sistema liberal) y el *juez entrenador o acompañante* (del tiempo posindustrial).

Alcalá-Zamora y Castillo,³⁷ gran jurista hispano, lo clasificó como juez *espectador, director y dictador*. Durante el siglo XIX predominó la figura del juez espectador que actuaba como juez de campo en un torneo. Después, la de juez dictador; llegó la reacción positiva que centró la mirada en el juez como representante del Estado y sustituto intelectual y volitivo de las partes en conflicto; fenómeno que se materializaría básicamente en la sentencia (sustitución intelectual) y eventualmente en la ejecución (sustitución volitiva).³⁸ Además, el juez dictador es aquel que malversa el activismo judicial en forma arbitraria e injusta.

Sentis Melendo puntualiza que el juez debe dirigir el proceso, pero sin olvidar lo que es privativo de las partes, lo que es de libre disposición de éstas. Alerta sobre el error de contraponer el principio “dispositivo” al “publicístico”, o el de confundir el primero con el “privadístico”. El proceso –concluye el autor citado– es siempre publicístico, porque pertenece al derecho público, en cambio lo privatístico atañe a la naturaleza del proceso, es decir, a su objeto, a la relación jurídica, que cuando es de derecho privado es de libre disposición de las partes (principio dispositivo).

Destaca este jurista que la potestad que tienen las partes para disponer libremente de la materia litigiosa en virtud del principio dispositivo no impide que el juez quede en situaciones excepcionales para disponer medidas para mejor proveer, sin que ello implique lesionar la garantía de la defensa en juicio de las partes.

3. Nuevas perspectivas en el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Dra. Elena Highton –Jueza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación–³⁹ ha ratificado el compromiso que ésta mantiene con los derechos y

37. “El proceso civil” ob. cit. p. 127.

38. HERRERO, Luis René, *El derecho a ser oído. Eficacia del debate procesal*, libro colectivo sobre debido proceso, Rubinzal-Culzoni, 2003.

39. Disertación dada en el IV Congreso Internacional de Derechos Humanos, celebrado en el aula Magna de la Facultad de Derecho durante los días 19, 20 y 21 de abril de 2007.

garantías en el área de los derechos humanos, diciendo: “El objeto de la Corte es la democratización”, pronosticando sin ninguna duda que “éste será el siglo del acceso a la justicia”.

Por su parte, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti,⁴⁰ ha dicho que “éste es el siglo de los jueces”.

Si se examinan las leyes actuales, en todo el mundo, hemos pasado de una *lógica jurídica deontológica clásica*, como era la descripción de reglas precisas, de una ley que decía “éste es el supuesto de hecho y ésta la solución” a toda una categoría nueva que se llama *conceptos jurídicos indeterminados*. De este modo se deben aplicar principios generales a soluciones particulares.

Hoy estamos frente a jueces que resuelven todo el calentamiento global, la discriminación, la ausencia de prestaciones de salud, de vivienda, de educación y de alimentación.

En materia de derechos individuales, los jueces han establecido contenidos mínimos sin los cuales una persona no puede ser considerada como tal: 1) un bloque constitucional como base jurídica de los derechos fundamentales indispensables;⁴¹ 2) el respeto de los derechos del contrato social; 3) en materia laboral se inclinaron por la reparación integral del trabajador; 4) en el derecho a la salud las prestaciones deben contener una cobertura mínima, que, en última instancia, debe supletoriamente subsidiar el Estado; 5) en los derechos jubilatorios debe existir un haber mínimo para vivir dignamente; 6) la alimentación como un contenido mínimo; y 7) el derecho a ser feliz.⁴²

40. Palabras expresadas en el marco del IV Congreso de Defensorías Públicas Oficiales del MERCOSUR, celebrado entre los días 19, 20 y 21 de mayo de 2007, en la Facultad de Derecho de la UBA.

41. CSJN in re “Simón” del 14//2005.

42. La Cámara Nacional Civil Sala A, en el considerando III de la mayoría, del caso “M. J. C. L. vs. O. V. s/divorcio” del 26/5/2008, dejó sentado el siguiente criterio:

“...Es que si la relación matrimonial se desgasta producto de constantes desavenencias y uno de los cónyuges decide retirarse del hogar conyugal para no profundizar aún más esa crisis, prolongándose esa situación a lo largo del tiempo, no habría razón para negarle la posibilidad de formar una nueva vida si ello redundaría en su felicidad.

Sería de un exceso francamente injustificable que uno de los cónyuges, luego de tanto tiempo, le achacara una conducta adúltera al otro, porque esa pretensión parece estar

Aquí el Poder Judicial actuó activamente para solucionar dichas necesidades, pero no se debe confundir esto con el valor justicia, sino tan sólo debemos inclinarnos hacia el respeto de los derechos mínimos e indispensables de todo ser humano.

Si nos remontamos a años anteriores, veremos que ya la Corte ha exhortado a los otros poderes a realizar actos en beneficio de la ciudadanía como circunstancia extraordinaria, sin olvidarnos que al ser éstas cuestiones políticas, lo deben resolver los poderes políticos y no los jueces, pero ante la inercia, burocracia o desidia, el poder judicial en casos excepcionales debe actuar eficaz y eficientemente.

Aunque en algunas cuestiones con muy pocos resultados positivos, como en el caso “Pérez de Smith y otros”⁴³ del 21/12/1978 el máximo tribunal incitó al Poder Ejecutivo de turno a que “intensifique, por medio de los organismos que correspondan, la investigación sobre el paradero y la situación de las personas cuya desaparición se denuncia judicialmente, que no se encuentran registradas como detenidas”, citando a Von Ihering: “La función del derecho, en general, es la de realizarse, puesto que lo que no es realizable, nunca podrá ser derecho”.⁴⁴

La tarea actual del legislador ya no consiste en dar soluciones, sino que se limita a exponer los problemas a través de cláusulas generales. Y es justamente el Poder Judicial quien debe dar las soluciones complejas. Si antes la coherencia del sistema era *a priori* ahora es *a posteriori*.

Esto es un nuevo desafío para los jueces a la hora de decidir casos constitucionales (*hard cases*), y ello genera una enorme responsabilidad.

Hubo una época en la que el Dr. Lorenzetti lo llamó “era del orden”, en la que existía una diferencia estrictamente marcada entre las esferas de

más bien teñida de un afán especulativo para obtener futuros alimentos, que demostrar que su otro cónyuge fue el causante de su separación. No podemos, en el siglo XXI, seguir sosteniendo pensamientos de otros estadios de la civilización, porque no sólo la realidad demuestra que son miles las parejas que deciden poner fin a una relación sin iniciar los trámites del divorcio, uniéndose a otra persona para compartir una vida en común, sino que además no podemos prohibir que los seres humanos tengan derecho a gozar de felicidad, al encontrar un nuevo camino en sus efímeros pasos por la vida...”.

43. Fallos 300:1282.

44. FUENTE ALBA, Carlos, Boletín informativo del derecho al día, del jueves 17 de mayo de 2007.

lo público y de lo privado. Ambas se encontraban reguladas de modo autónomo: en lo público, la Constitución autosuficiente, y en lo privado, los códigos autosuficientes. Había en ese entonces una coherencia *a priori* del sistema, gracias a que los legisladores se ocupaban de los más mínimos detalles, mientras que la tarea judicial consistía en la aplicación del método deductivo (subsumir el supuesto de hecho en la norma).

Estas condiciones han cambiado abruptamente y hoy vivimos en la “era del desorden”, en la que lo público y lo privado están totalmente relacionados. En el ámbito de lo público, hasta las leyes son negociadas de modo transaccional y en el ámbito de lo privado, el orden público interviene cada vez más en la autonomía de la voluntad de las partes.

Esta doctrina ha surgido de la jurisprudencia norteamericana en el caso “Home Building & Loan Association vs. Blaisdell” del año 1934, en el que se ha establecido que “...la prohibición de las leyes que alteren las obligaciones de los contratos, no impide al Estado ejercer los poderes de que se haya investido para promover el bien público o que son necesarios para el bienestar general del público, aunque por ello puedan ser afectados los contratos celebrados entre individuos. Este poder, que en sus varias ramificaciones es conocido como el poder de policía, es un ejercicio del soberano derecho del Gobierno para proteger la vida, salud, moral, solaz (‘comfort’) y bienestar general del pueblo, y es superior a cualesquiera derechos emergentes de los contratos entre los individuos”. “La reserva del poder del Estado, apropiada para esas condiciones extraordinarias, debe considerarse que es parte de todos los contratos, como es la reserva del poder del Estado a fin de proteger el interés público...” (Véase Fallos: 172:21 y la cita del voto del juez Hughes, 290 U.S. 398).

La Corte de nuestro país, citando jurisprudencia de los EE.UU., ha aceptado también (Fallos: 172:21) que “...el uso de la propiedad y la celebración de los contratos son normalmente asuntos de interés privado y no público. La regla general es que ambos deben estar libres de la injerencia gubernativa. Pero ni los derechos de propiedad ni los derechos contractuales son absolutos (“Munn vs. State of Illinois”, 94 U.S. 113 [1876]), porque el Gobierno no puede existir si el ciudadano puede usar a voluntad su propiedad en detrimento de sus conciudadanos, o ejercer su libertad de contratar con perjuicio de ellos. Tan fundamental como el derecho individual es el derecho de la comunidad (o público) para regularlo en el interés común” (causa “Nebbia vs People of State of New York” 291 U.S. 502 [1934]).

Por su parte, el art. 21 del Código Civil establece que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

El activismo judicial también ha servido para que no hubiera movimientos estancos en el orden público y privado, sino que entre ambos buscaran las soluciones a las problemáticas imperantes en nuestro país. Porque el enemigo del activismo es la inacción y el aliado es la resolución rápida del conflicto y la protección de los derechos humanos.

Aunque resulta muy difícil la elaboración de cambios cuando desdibujamos las verdaderas potestades de la Corte como una vía de excepción constitucional, como lo es la Corte de EE.UU. con una población diez veces mayor a la Argentina. Aquélla dicta de cien a doscientas cincuenta sentencias –por ejemplo en el año 2004 resolvió noventa y tres causas⁴⁵– donde aproximadamente el 10% de ellas son sobre gravedad institucional, en las que se tratan delicadas cuestiones sociales que conmueven a la sociedad, que van más allá del interés de las partes. Mientras que nuestro Máximo Tribunal ha llegado a resolver en el año 1998 –como única vez en su historia– 45.800 causas, teniendo en cuenta que 40.067 eran expedientes previsionales.

V. El activismo procesal⁴⁶

1. Deberes y obligaciones en las causas judiciales a tenor de la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

En este punto debemos separar lo que acontecía en materia penal, pues en el proceso penal regía el sistema inquisitivo, es por ello que nunca se ha discutido el activismo judicial, pues la actividad de juez, sin petición ni impulso de partes, era una obligación legal. Sin embargo, ello ha tenido una modificación significativa en los últimos cambios legislativos, donde ha ga-

45. www.caselaw.lp.findlaw.

46. MARANIELLO, Patricio, “El rol del juez en el nuevo milenio”, www.eldial.com.ar, DC72D.

nado terreno el rol de los fiscales en toda la etapa de instrucción, es decir, que se da una especie de activismo compartido entre jueces y fiscales.

Ahora bien, con la ley 25.488, publicada en el Boletín Oficial el 22 de noviembre de 2001, que recién entró en vigencia a partir del 22 de mayo de 2002, se ha efectuado una importante modificación en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCCN), reformando más de sesenta artículos, derogando dieciocho e incorporando cuatro.

La celeridad en el procedimiento civil y la profundidad del rol del juez como “director del proceso” parecieran ser los principales objetivos que pretenden alcanzar las modificaciones introducidas en el CPCCN.⁴⁷

En su dictamen, el Senador Nacional Ricardo Branda indicó que la reforma “...provee al proceso judicial normas que tienden a facilitar, simplificar y agilizar ciertos aspectos del procedimiento, con miras a lograr, asimismo una razonable unidad en el espíritu del ordenamiento vigente...”⁴⁸

Resulta conveniente recordar que el juez, si bien tenía un papel activo en las diferentes etapas del proceso, éstas resultaban de aplicación potestativa en muchos casos, pero ello se ha reformado transformándose en un verdadero imperativo legal, cuyos deberes disciplinarios, ordenatorios e instructorios constituyen una obligación para los magistrados de la causa, luego de la modificación de los artículos 35 y 36 del CPCCN⁴⁹ y cuyo incumplimiento podría traerles cierto grado de responsabilidad en su inacción judicial. Aunque dichas obligaciones resultan de algún modo un poco desmesuradas, si tenemos en cuenta las múltiples tareas que ostenta un magistrado, que van desde la administrativa interna de su propio juzgado hasta su asistencia a las audiencias (conciliatorias, confesionales, preliminares...), cuestiones incidentales, interlocutorios y el dictado de la sentencia definitiva.

47. OSTROWER, Ricardo y SORIA, Santiago, “Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, LL, diario del 12/12/2001.

48. Dictamen en el proyecto de ley del Senador Branda, Congreso Nacional, Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 1999, Orden del día N° 253, Dirección Publicaciones, impreso el 14 de mayo de 1999.

49. Ello se ha trasladado en muchos códigos procesales de provincia, como el nuevo art. 32 y 33 del Código de rito de la Provincia de Entre Ríos, modificado por la ley 9776.

Las modificaciones en los artículos mencionados se centran concretamente en el cambio de la palabra “podrán” –facultativo– por “deberán” –imperativo–.

El deber es un mandato legal que nos fuerza a actuar de determinado modo frente a situaciones específicas. Se muestra como un vínculo genérico-social, donde debe responderse al grupo social en cumplimiento de sus intereses, por cargos por él mismo otorgados.⁵⁰ En cambio, por facultades debe entenderse las “atribuciones que la ley confiere expresa o implícitamente, pero cuyo ejercicio depende del arbitrio de ellos, quienes, por lo tanto, pueden asumir o no la conducta correspondiente”.⁵¹

Esto marca una variación significativa en la gran división que existía entre el sistema dispositivo e inquisitivo. En el tipo procesal civil predomina el sistema dispositivo, donde se sigue exclusivamente el señorío de la voluntad de las partes, quienes no solamente fijan y determinan el objeto litigioso y aportan el material de conocimiento, sino que también tienen el poder de impedir que el juez exceda los límites fijados a la controversia. Justamente éste es el imperante en el procedimiento civil.

Por otro lado, el proceso inquisitivo traslada el dominio de la actividad procesal al magistrado, que no solamente dirige e impulsa el proceso, sino también promueve su iniciación y realiza los actos de investigación tendientes a la asunción del material de conocimiento. Así enunciado, el tipo procesal inquisitivo solamente se da en la etapa instructora del proceso, cuya naturaleza jurisdiccional es discutible.⁵²

Podemos sostener que el actual proceso civil tiene características *dispositivas mixtas*, ya que toma rasgos típicos de ambos sistemas; por el lado inquisitivo puro tenemos los deberes marcados en los artículos citados, y en lo que respecta al dispositivo, existen funciones que sólo pueden ejercer las partes, como por ejemplo, el pedido de regulación de honorarios, la apelación, etcétera.

50. BOURGUIGNON, Marcelo, “Deber de saneamiento del juez”, Revista Jurídica Universidad Nacional de Tucumán, junio de 1988.

51. Código Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Esquel, Chubut, Sala Civil in re “A.F. s/ Suc. Ab intestato” interlocutorio del 7/12/2000, SALJ Q 0011473.

52. MARANIELLO, Patricio A., *Manual de despachos e interlocutorios judiciales*, Grün, 2001.

Con la modificaciones señaladas, la relación juez y partes se ha alterado, debiendo el juez enderezar las causas cuando las partes: 1) dejan caer el procedimiento por falta de impulso, 2) presentan escritos estériles con el único objetivo de retrasar el momento del dictado de la sentencia, que seguramente iba a resultar en su contra, y 3) incurran en actos contrarios al deber de lealtad, probidad y buena fe.⁵³

Mientras que por el lado del juez, lo que antes era potestativo, ahora es obligatorio en su función específica, como: 1) dictar sentencia fundamentándola en los elementos fácticos traídos por las partes y en el derecho impe-

53. Ello así tenemos que los jueces, según las normas mencionadas, deberán:

1. Tomar intervención saneando nulidades (art. 34, inc. 5º, apart. b], CPCCN).
2. Mantener la igualdad de las partes en el proceso (art. 34, inc. 5º apart. c], CPCCN).
3. Prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe (art. 34, inc. 5º, apart. d], CPCCN).
4. Vigilar para que en la tramitación de la causa se procure la mayor economía procesal (art. 34, inc. 5º, apart. e], CPCCN).
5. Declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieran incurrido los litigantes o profesionales intervinientes (art. 34, inc. 6º, CPCCN).
6. Fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia.
7. Mandar que se teste toda frase injuriosa o redactada en términos indecorosos u ofensivos, salvo que alguna de las partes o tercero interesado solicite que no se lo haga (art. 35, inc. 1º, CPCCN).
8. Excluir de las audiencias a quienes perturben indebidamente su curso (art. 35, inc. 2º, CPCCN).
9. Aplicar las correcciones disciplinarias autorizadas por este Código y por la ley orgánica. El importe de las multas que no tuviesen destino especial establecido en este Código, se aplicará al que le fije el Superior Tribunal de Justicia. Hasta tanto dicho tribunal determine quiénes serán los funcionarios que deberán promover la ejecución de multas, esa atribución corresponde a los representantes del Ministerio Público Fiscal ante las respectivas jurisdicciones. La falta de ejecución dentro de los treinta días de quedar firme la resolución que las impuso, el retardo en el trámite o el abandono injustificado de éste, será considerado falta grave (art. 35, inc. 1º, CPCCN).
10. Evitar la paralización del proceso (art. 36, inc. 1º, CPCCN).
11. Intentar una conciliación total o parcial del conflicto (art. 36, inc. 2º, CPCCN).
12. Proponer a las partes fórmulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas surgidas en el proceso o respecto de la actividad probatoria (art. 36, inc. 3º, CPCCN).
13. Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (art. 36, inc. 4º, CPCCN).

rante, dejando de lado las normas mal citadas o carentes de entidad jurídica, 2) resolver las causas respetando los plazos establecidos en la ley, 3) velar por la supremacía constitucional y el principio de congruencia, y 4) declarar la inconstitucionalidad de las normas haya o no petición de las partes atento a que el control de constitucionalidad es una cuestión de orden público que excede el mero interés de las partes.⁵⁴

Pero nos queda el interrogante de si esta modificación ha sido o no beneficiosa para la celeridad e intermediación judicial de los miles de juicios que hoy tramitan en los distintos fueros civiles, comerciales, contencioso administrativos, etcétera.

La respuesta no podría ser otra que la siguiente: el juez no debe ser un mero espectador en las causas que por él tramitan, sino por el contrario, un guardián del proceso. Sin embargo –como ya se dijo– para una verdadera solución se deberá realizar una nueva lectura en las normas que regulan la tramitación de las causas, nombrar más jueces, llevar procedimientos a la oralidad, modificar aún más el rol del juez, del secretario, del prosecretario y de las partes en el proceso.

En síntesis, estas modificaciones en algunos casos resultan impracticables. Por un lado, tenemos totalmente saturados de expedientes los tribunales civiles, comerciales, contencioso administrativos y previsionales federales de todo el país y, por otra parte, el personal resulta sumamente escaso y en algunos casos no capacitado; ello nos trae como resultado la poca probabilidad de llevar adelante con eficacia estos beneficios innovadores, sin una mejora en los servicios de justicia imperantes. Sumado a la resistencia ejercida por un sector del Poder Judicial que se opone al cambio del añejo y vetusto paradigma.

2. Los nuevos institutos procesales del activismo judicial

Según Peyrano, el activismo judicial es creativo y ha aportado numerosos institutos procesales, como:

54. Ver sobre este aspecto MARANIELLO, Patricio, *Declaración de inconstitucionalidad de oficio*, El Jurista, 2008.

a) *Medidas autosatisfactivas*. Es una especie de proceso urgente, género global que abarca otras hipótesis en las cuales el factor tiempo posee especial resonancia. Estas medidas tienen elementos divergentes con la medida cautelar, pero se encuentran en la urgencia e inmediatez de la decisión. Dentro de los procesos urgentes existen dos tipos diferentes: 1) *los autónomos* y 2) *los dependientes o accesorios*. Los primeros se caracterizan por carecer de la necesidad de iniciar una acción posterior para tener validez jurídica y completar la acción judicial entablada, es decir, no dependen de un proceso posterior; entre ellos encontramos el amparo, el hábeas corpus y las medidas autosatisfactivas.⁵⁵ Mientras que en el segundo es accesorio y dependiente de una acción principal ya iniciada o a iniciarse con posterioridad.

b) *Recurso indiferente*.⁵⁶ También llamado recurso paralelo, es aquel que sin ser el que la ley prescribe expresamente para el caso (o que siéndolo, se han omitido elementos formales), produce, no obstante, los mismos efectos respecto de la procedibilidad de la vía recursiva, que el recurso correctamente articulado. Nos dice Goldschmidt que si se ofrecen dudas acerca de la procedencia de la impugnación y de la clase de recurso, a causa de que el defecto de la resolución a impugnar consiste en que no se ha pronunciado una que debió dictarse (p. ej.; se ha emitido una sentencia definitiva en lugar de una incidental o de un auto, o al contrario; o una sentencia ordinaria en lugar de una contumacia, o viceversa), hay que resolverlo en el sentido de estimar la admisibilidad del recurso interpuesto (principio del “mayor favor”). Es decir, que el recurso es admisible tanto si corresponde a la resolución que por él se induce que hubiera deseado el recurrente (teoría subjetiva), como si es el adecuado a la que se ha dictado (teoría objetiva). Esto constituye la teoría del recurso indiferente (*Sowohalls auch-Theorie*). En Francia, este recurso nació como una consecuencia de las decisiones del Consejo de Estado respecto del contencioso de plena jurisdicción, para la mayor defensa de los administrados.

c) *Reposición in extremis*. Es un recurso subsidiario y de procedencia

55. MARANIELLO, Patricio, “El fin o el reciclado de las medidas autosatisfactivas”, www.eldial.com, DC903.

56. FALCÓN, Enrique, “El recurso indiferente”, Artículos doctrinarios, Astrea, 2001.

excepcional, cuya sustanciación y recaudos se corresponden, en principio, con los parámetros legalmente previstos para los recursos de revocatoria codificados. Con su auxilio se puede intentar subsanar errores materiales –y también excepcionalmente yerros de los denominados “esenciales”, groseros y evidentes– deslizados en un pronunciamiento de mérito –dictado en primera o ulteriores instancias– que no pueden corregirse a través de aclaratorias y que generan un agravio trascendente para una o varias partes. Se entiende por error esencial aquel que sin ser un yerro material es tan grosero y palmario que puede y debe asimilarse a este último. No puede emplearse para suplir una equivocación jurídica o un déficit de actividad de las partes en materia de recolección de material probatorio. Su interposición exitosa presupone que se está atacando, total o parcialmente, una resolución que no es susceptible de otras vías impugnativas o, que si fuera posible, serían de muy difícil acceso, o cuya procedencia fuera notoriamente incierta. Se advierte una tendencia jurisprudencial inclinada en favor de distribuir en el orden causado las costas suscitadas por la sustanciación de una reposición *in extremis*.⁵⁷ Cabe especialmente destacar que desde el *leading case* “Burlli de Orban, Irma” (del 24/2/2000) el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Corrientes ha sostenido una vigorosa doctrina que recibe y aplica los principios de la reposición *in extremis*.

d) *Tutela anticipatoria*. Es aquella que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio irreparable. Si bien posee caracteres comunes con las medidas cautelares típicas (instrumentalidad, provisoriedad, no causa prejuzgamiento y es de ejecutabilidad inmediata), ciertamente goza de particularidades que le son propias. El dictado de una sentencia anticipatoria presupone un conocimiento en grado de “certeza provisional” del derecho invocado en la demanda y la “irreparabilidad del perjuicio” en el caso de subsistir la tardanza en el otorgamiento. Un caso típico de tutela anticipada fue

57. PEYRANO, Jorge W., “Estado de la doctrina judicial de la reposición *in extremis*. Muestreo jurisprudencial”, en *Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales*, t. 2, Ed. Juris, 2003, p. 105.

resuelto por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en el *leading case* “Camacho Acosta, M. vs. Grafi Graf SRL y otros” (CSJN, Fallos 320:1634, agosto 7/1997), donde la Corte haciendo un uso anómalo, pero eficiente, de la medida cautelar innovativa consagró, pretorianamente, bajo el ropaje de dicha cautelar, un verdadero anticipo parcial de la tutela de mérito y traspoló (sin decirlo) a nuestro medio los recaudos legalmente exigidos por el art. 273 de la legislación procesal brasileña para habilitar el dictado de una sentencia anticipatoria.⁵⁸

e) *Recurso infinitud*. Se relaciona con la pretermisión de trámites, es decir, “dejar de lado” u omitir, entre muchos otros.⁵⁹

Si bien mucho del ideario activista permanece en el plano pretoriano, debe consignarse que parte de su repertorio ya se ha plasmado legislativamente. Así ha acontecido, por ejemplo, con las medidas autosatisfactivas,⁶⁰ las cargas probatorias dinámicas,⁶¹ la reposición *in extremis*,⁶² la denuncia de daño temido (art. 623 bis, CPCCN), la oposición a la ejecución de reparaciones urgentes (art. 623 ter, CPCCN) y los procesos monitorios.⁶³

3. *El activismo procesal y el principio de congruencia*

El *principio de congruencia* es la traducción en el proceso del principio de identidad, en función del cual el juez sólo puede pronunciarse sobre

58. PEYRANO, Jorge W., “Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas”, en *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Editorial Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1999, ps.131 y siguientes.

59. LL 26/2/2008.

60. Art. 232 bis del Código Procesal Civil de la Provincia de Chaco, arts. 785 al 790 del Código de Corrientes y la ley de Santa Fe 11.529 sobre violencia familiar.

61. Art. 377 del Código Procesal Civil de Corrientes y art. 360 de la Pampa.

62. Art. 241 bis del Código. de rito de Corrientes.

63. Primero se obtiene la resolución o sentencia y luego se escucha al demandado –*solve aut repete* (pague o discuta) –. Se ha incorporado en Uruguay, Brasil, 1995 y en el art. 472 del Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos.

lo postulado por las partes. Pero no se trata de una regla absoluta, y las excepciones admitidas encuentran su basamento en la circunstancia de que el sistema procesal no es puramente dispositivo, sino integrado justamente con el activismo judicial.

De esa manera, Mabel de los Santos⁶⁴ se refiere a la discrecionalidad en materia cautelar, que permite al juzgador disponer medidas diferentes de la solicitada para asegurar el derecho de quien lo peticiona,⁶⁵ como así también a la posibilidad de fallar *ultra petita* en el proceso laboral, que encuentra su fundamento cuando aparece alguna irregularidad no planteada, siempre que la solución sea a favor de los derechos del trabajador.

Por otra parte, la jurisprudencia registra numerosos casos de flexibilización de la congruencia con la finalidad de evitar frustrar el derecho invocado, al que se le acuerda una protección distinta o acotada, especialmente en materia de protección de la salud o de incapacidades. Asimismo, no debe excluirse la posibilidad de moldear la congruencia con respecto a los derechos patrimoniales, pero como en todos los casos, es menester verificar que al hacerlo no se afecte la garantía de defensa en juicio. Finalmente, la autora citada considera que sólo así podremos hacer efectivo el tránsito desde un garantismo formal –muchas veces interpretado a favor del exceso ritual– hacia uno funcional o teleológico, que facilite y no malogre el acceso a la justicia.

VI. El activismo constitucional

Para el activismo judicial la lectura de la Constitución Nacional no constituye un obstáculo para distribuir el plan de la justicia, sino más bien un estímulo.⁶⁶ Con su brillantez habitual, Bidart Campos enseñaba que “el juez es el administrador de la justicia; con ley, sin ley o contra ley. Porque el valor justicia prevalece sobre la ley, y nuestra Constitución así lo deja entre-

64. DE LOS SANTOS, Mabel, “El principio de congruencia”, mesa redonda llevada a cabo el 9 de mayo en el Aula Magna de la Facultad de Derecho, UBA.

65. Art 204 del Código Procesal Civil y Comercial de Formosa.

66. PEYRANO, ob.cit.

ver a quienes saben comprenderla, cuando manda en el Preámbulo “afianzar la justicia”. Con ley, sin ley o contra ley.

Afianzar la justicia es uno de los pocos elementos que nos ha dejado la Constitución histórica de 1853/60. El término “afianzar” tiene varias acepciones, tales como:

- apoyar,
- sostener,
- afirmar
- asegurar,
- hacer firme,
- consolidar algo (p. ej.: El éxito de la novela afianzó su carrera).

Por otro lado, “justicia” está dentro de las políticas de Estado que se relacionan con el derecho, la razón y la equidad.

Por lo tanto, afianzar la justicia es apoyarla cuando no está estable o corre riesgos en su esencia, o sostenerla cuando no está muy firme con elementos que la ayuden a una mejor administración, aplicados desde la esfera de un poder del Estado.

Bidart Campos expresa que “afianzar la justicia” no se trata solamente de la administración de justicia que está a cargo del Poder Judicial ni del valor de justicia que dicho poder está llamado a realizar. Abarca a la justicia como valor que exige conductas justas de gobernantes y gobernados. La Corte ha dicho⁶⁷ que esta cláusula es operativa y que obliga a todo el Gobierno federal.

Los datos estadísticos nos dicen que la justicia no está atravesando un buen momento, sino todo lo contrario. Se requiere entonces apuntalarla con cimientos sólidos de un juez diferente, y abogados que ayuden a este nuevo rol en beneficio de la justicia argentina.

El estudio llevado a cabo por la Corporación Latinobarómetro sobre gobernabilidad 2004 establece que más de la mitad de la ciudadanía (54,75%, como promedio, de los países para los que hay datos) estima que la calidad general de los servicios prestados por la justicia es “mala” o “muy

67. CSJN in re “Pérez Smith, Ana M. y otro s/despido”, consids. 3 y 6, Fallos 300:1282, LL 1979-A-430.

mala”. Guatemala y Ecuador son los que, según la opinión de sus nacionales, obtienen las peores calificaciones. Por el contrario, sólo en Uruguay y Colombia las opiniones favorables al servicio prestado por la justicia son superiores a las negativas.

Por tanto, puede concluirse que subyace un malestar generalizado y común en todos los países respecto del desempeño de la justicia. Con independencia de los posibles sesgos y prejuicios de la opinión pública, la insatisfacción ciudadana sobre el desempeño del sistema judicial es mucho más descriptiva y real que los contenidos constitucionales y legales referidos a ella.⁶⁸

1. Los derechos de excepción

Con el uso de remedios excepcionales, el Poder Judicial ha producido una interpretación muy extensiva de cláusulas constitucionales y ha tomado para sí funciones que quizás en muchos casos no eran los jueces los que debían dar una respuesta, sino el poder político.

El activismo judicial ha sido utilizado para solucionar situaciones coyunturales que en épocas de normalidad –estabilidad social y económica– no ejercería, pues son los poderes políticos los verdaderos encargados de regular dichas situaciones, pero los jueces, acogidos por las circunstancias y el reclamo de toda una sociedad, han dictado sentencia y en muchas ocasiones han tomado decisiones típicas de políticas económicas, sociales y culturales.

Como ejemplo podemos citar el considerando 13 del caso “Rinaldi”⁶⁹ en el que la Corte dijo: “Que aceptada la situación de grave perturbación económica, social y política que representa máximo peligro para el país, resulta imperioso el deber del Estado de poner en vigencia un derecho excepcional, o sea, un conjunto de remedios extraordinarios destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad so-

68. Estudio realizado el 30 de marzo de 2007 por el Observatorio de la Unión Iberoamericana de Colegio de Abogados y Agrupaciones de Abogados Argentina del Colegio de abogados. Este material nos fue aportado por el vicepresidente del Observatorio y presidente de la FACA, Dr. Carlos Andreucci, quien ha trabajado muy profusamente esta problemática.

69. CSJN 15/3/2007.

cial que el sistema político instaurado por la Constitución requiere (Fallos: 313:1638). Tal derecho no nace fuera de la Constitución Nacional sino dentro de ella y se distingue por el acento puesto, según las circunstancias lo permitan y aconsejen, en el interés de individuos, grupos de ellos, o en el de la sociedad toda (Fallos: 313:1513; 327:4495 disidencia del juez Fayt)...”

2. Inconstitucionalidad por omisión

Dentro de las diversas formas que puede asumir el activismo de los jueces, una de las más importantes se encuentra configurada por la declaración de inconstitucionalidad por omisión.

La omisión inconstitucional es el control sobre los silencios del legislador y de las demás autoridades públicas que violan el derecho de la Constitución.

Al respecto ha sostenido Germán J. Bidart Campos: “La fuerza normativa de la Constitución no se circunscribe a prohibir que se la transgreda positiva o afirmativamente mediante una actividad –normativa o de otra índole– contraria a ella que implique hacer lo que ella veda, sino que también se proyecta a ordenar con imperio que no haya abstenciones o dilaciones que cohíban su aplicación efectiva”. Señala que no se estima reprochable cualquier omisión, sino aquella que incumple un mandato de obrar. De ahí que el no hacer en la omisión inconstitucional merece ser reputado no sólo como inacción, sino como infracción a una exigencia constitucional de acción. La abstención debe, por eso, encadenarse al deber concreto de actuar”.⁷⁰

Los principios de supremacía y de normatividad constitucional se conectan con el de rigidez (planteamiento de dificultades para su reforma), puesto que el no cumplimiento de los mandatos de la Ley Fundamental (incumplimiento gestado al influjo de la desidia del órgano público encargado de hacerlo) implicaría un “contrabando normativo” al permitir una suerte de elíptica modificación del mandato constitucional por una vía distinta de la establecida por el texto constitucional, concretado cuando el órgano remiso deja de hacer lo que la Constitución le impone realizar.⁷¹

70. BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Ediar, p. 348.

71. BAZÁN Víctor, “Hacia la plena exigibilidad de los Preceptos Constitucionales: el con-

El primigenio constitucionalismo acentuaba el rol del legislador (arts. 14, 16, 17, 19 y concs., CN). La que expropia, la que fija penas, la que regula, en principio es la ley, emparentándose todo ello con la noción rousseauniana de que “la ley es expresión de la voluntad general”. Pero el constitucionalismo del siglo XX, sobre todo el de sus últimas décadas, es un “constitucionalismo de derechos” o “basado en derechos”. Los derechos humanos o fundamentales asumen tal importancia, que es menester que los poderes públicos los aseguren, afiancen o garanticen, más allá de las respectivas fórmulas verbales o lexicales.⁷²

Lo que el constitucionalismo busca es achicar la brecha entre validez y vigencia. En otros términos, se procura que la declaración de derechos no sea meramente declamatoria, expresiva de deseos del autor de la norma, sino norma positiva, en el sentido de que sea real y concreta en el plano de las conductas.⁷³

Cabe mencionar que en los últimos tiempos varios Estados, entre los cuales la Argentina se encuentra incluida, han contraído obligaciones internacionales, especialmente en lo que respecta a derechos económicos, sociales y culturales. Y si bien es cierto y ello está previsto en varios tratados, los Estados deberán ir asegurando estos derechos en la medida de sus recursos; lo cierto es que ello no implica que queda totalmente a su arbitrio la implementación, dado que algunos derechos, como el derecho a la salud, no admiten excusas de falta de recursos para ser asegurados y, con respecto a otros, tienen que cumplirse gradualmente de acuerdo con las posibilidades.

Participamos de la tesis que concibe la inconstitucionalidad por omisión de una forma amplia, es decir, no sólo limitada a la función legisferante del Congreso, sino también de los otros poderes.

Además, y para que se configure una omisión de legislar, la división entre normas operativas y programáticas es antigua, ya que el legislador tiene que trabajar sobre todo el plexo normativo procurando regular los derechos que así lo requieren, de manera que sea posible su ejercicio por los sujetos legitimados.

trol de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”. En *Inconstitucionalidad por omisión*, coordinada por Victor Bazán, Temis, p.49.

72. CARNOTA-MARANIELLO, *Derecho constitucional*, La Ley, ps. 87 y 88.

73. CARNOTA-MARANIELLO, *Derecho constitucional*, La Ley, p. 88.

Decimos pues que el *bill* de derechos contiene una presunción de operatividad. No se necesita más que la consagración del derecho para que éste funcione, salvo que el constituyente haya redactado la norma en clave de “programa” o “futuro”. En ese caso, el derecho es programático y no directamente operativo.⁷⁴ Igualmente, y aun en el supuesto de una norma programática (como podría ser la participación en las ganancias de las empresas, del art. 14 bis), eso no significa dejar librado el dictado de la norma reglamentaria a la total discreción del Congreso. De no sancionarse en un lapso razonable esa normativa, se verifica la “inconstitucionalidad por omisión”, dado que el Congreso debió hacer algo que la Ley Suprema le ordenaba realizar.⁷⁵

Según Villaverde Menéndez, idea a la que adherimos, el fundamento del control jurídico de los silencios del legislador no es otro que la garantía de la supremacía constitucional, de forma que el control jurisdiccional de los silencios legislativos no es sino la forma más radical de hacer valer esa supremacía, examinando la validez de las normas implícitas que resultan de los silencios del legislador y sus leyes.⁷⁶

Para poder defender esta figura frente a la separación de poderes, debemos siempre partir de la supremacía constitucional. *No se trata de los jueces ordenando al Poder Legislativo o Ejecutivo que cumplan con su deber, sino de los jueces haciendo cumplir la supremacía constitucional.*⁷⁷

3. Declaración de inconstitucionalidad de oficio

La declaración de inconstitucionalidad de oficio, expresión de un juez activista, procede debido a que esta facultad no viola ningún derecho o principio, ya que:

74. CARNOTA-MARANIELLO, *Derecho constitucional*, La Ley, p. 88.

75. CARBONELL, Miguel (coordinador). En busca de las normas ausentes (ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión), México, 2003. citado por Carnota y Maraniello, ob. cit. p. 89.

76. OROZCO SOLANO, Víctor-CRUZ PATIÑO, Silvia, “La inconstitucionalidad por omisión en Costa Rica”.

77. OROZCO SOLANO-PATIÑO CRUZ, ob. cit.

- 1) Si bien es cierto que para declarar la invalidez de una norma es preciso que exista caso concreto, de ahí no se sigue la necesidad de petición expresa de parte interesada.
- 2) Por el principio *iura novit curia* es posible el examen oficioso, porque el control de constitucionalidad requiere el análisis de una cuestión de derecho y no de hecho. La potestad del juez de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31, CN) aplicando en caso de colisión, la norma de mayor rango.
- 3) Se desestima asimismo el argumento relativo a la violación del principio de división de poderes por considerar que la cuestión no difiere cuando el control se ejerce a pedido de parte.
- 4) El control oficioso no se opone a la presunción de validez de los actos de los poderes públicos, ya que aquélla cede cuando el acto es contrario a la Constitución.
- 5) El control oficioso no afecta el derecho de defensa de las partes. Si así fuera, debería descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma no invocada por ellas.

Con respecto a la declaración de inconstitucionalidad de oficio en las provincias argentinas, podemos observar cómo algunas de ellas se separan del criterio federal, ya sea expresándolo en sus constituciones o a través de su jurisprudencia.

Esta separación nos parece realmente importante, puesto que puede ser el origen de un cambio rotundo y definitivo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

No se debe perder de vista que la potestad de declarar la inconstitucionalidad de una norma es algo excepcional, y de hacerlo sólo lo será en casos excepcionales, cuando la violación del principio de supremacía de la Constitución aparezca flagrante e indudable, no viole la división de poderes ni la defensa en juicio de los derechos de ambas partes.

Para este último aspecto sería conveniente dar traslado a las partes para que puedan expresar libremente su opinión al respecto, sea ésta favorable o desfavorable, para aventar esta última posible lesión.

Nuestro máximo tribunal se ha valido de esta facultad en “Mill de Pe-reyra” (Fallos: 324:3219), fallo que sirvió para que cada uno viera lo que quisiera ver: algunos sostuvieron que finalmente la Corte había acogido la

inconstitucionalidad oficiosa, mientras que otros afirmaron que era un caso tangencial o marginal. Estas dudas interpretativas llevaron incluso a que uno de los jueces tuviera que explicar en la doctrina *ex post* las razones de su voto.⁷⁸

Para ello debemos tener en cuenta que el análisis de la cuestión es tan sólo en un caso concreto y, cuando se ha desnaturalizado, alterado o quebrantado algún derecho o principio constitucional, el juez tiene la obligación de seguir el derecho y no la ley inconstitucional. Todo ello sin tener la intención de remplazar ningún poder, sino de controlar y respetar la Constitución, actuando como un juez y no fijando políticas de Estado generales, que resultan de incumbencia de los otros poderes del Estado.

Cabe señalar que cuando resulte evidente la inconstitucionalidad de las alegaciones jurídicas formuladas por las partes en el proceso el juez tiene el deber de declarar dicha inconstitucionalidad, pues de lo contrario incurriría en lo que denominamos inconstitucionalidad por omisión judicial.

Uno de los avances más importantes en la función del control de constitucionalidad en las políticas públicas por parte del Poder Judicial es el caso “Verbitsky”, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha actuado como “una Corte constitucional” que “fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión” (consid. 26). El *self-restraint* que mostraron las jurisdicciones superiores provinciales ha dado paso a un activismo que se da en un contexto –justo es reconocerlo– de deserción de los poderes políticos frente a un problema humano y jurídico de envergadura.⁷⁹

Por todo lo expuesto, no sólo el control de constitucionalidad de oficio no choca contra la división de poderes, sino por el contrario lo hace aún mas fuerte, robusteciendo su facultad implícita y exclusiva en el control de constitucionalidad de oficio, sin menguar el sistema republicano y priorizando la aplicación del derecho por sobre la ley y lo peticionado por las partes.

Todo ello en defensa de la más sagrada de las normas, que es la Constitución, donde los jueces son sus guardianes en forma permanente sin poder

78. CARNOTA, Walter, “La inconstitucionalidad de oficio una cuestión saldada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *www.eldial.com*, agosto de 2004.

79. CARNOTA, Walter, “Un problemático supuesto de ‘hábeas corpus colectivo’ (nota al fallo “Verbitsky””, *www.eldial.com*, mayo de 2005.

tener excusa alguna para no resguardarla, porque en ella radica el verdadero límite del poder a los otros dos poderes, ya que esa es la esencia de la división de aquéllos. Como nos recuerda Hans Kelsen:⁸⁰ “...La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder...” y, “...como toda norma, también la Constitución puede ser violada por aquellos que deben cumplirla...”.

Para finalizar, debemos destacar que nunca la declaración de inconstitucionalidad es un acto de partes en el proceso, sino que es un acto institucional que tiene como protagonista principal la jurisdicción judicial, pues es el último ordenador del Estado de derecho constitucional sin importar que las partes lo hayan o no peticionado en la causa. Por ello, sus efectos no pueden ir más allá del caso del expediente en cuestión, con la salvedad hecha en los amparos colectivos.

En resumen, la declaración de inconstitucionalidad es una cuestión de orden público.

VII. Garantías constitucionales

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el concepto de “garantía” como aquella que sirve para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho.⁸¹

El movimiento garantista fue cercenando al activismo, limitándolo en su esencia, donde en algunas ocasiones fue bien utilizado el garantismo teológico y en otras se vio perjudicado el sistema con el uso de un garantismo netamente formalista y retrógrado, con nulidades absurdas e inconsistentes. Al respecto infra se ha realizado un mejor tratamiento de esta temática.

En la doctrina procesalista argentina Gozáini plantea la existencia de un “conflicto que enfrenta a dos sectores bien diferenciados en nuestra ciencia: quienes propiciamos el activismo responsable del juez, frente a los que sostienen que esta dinámica destruye las garantías constitucionales que implementa el debido proceso (garantismo procesal)”.⁸²

80. KELSEN, Hans *El defensor de la Constitución*, Tecnos, España, 1995.

81. Opinión consultiva OC 8/87, del 30/1/1987.

82. GOZÁINI, Osvaldo, “El Neoprocesalismo” en *La Ley*, 2005-E, 1328.

El mismo autor⁸³ define al garantismo como la postura doctrinaria según la cual el proceso judicial se basa en la Constitución, de modo tal que a nadie se le puede privar del debido proceso adjetivo, lo que supone entablar un conflicto entre dos partes donde el juez debe ser imparcial (independiente) e *imparcial* (es decir, equidistante de ambas partes). Este juez dirige el debate entre las partes garantizando permanentemente la bilateralidad y el derecho a la contradicción. De ese modo, todo el proceso queda gobernado por el principio dispositivo según el cual no hay proceso sin petición de parte ni actuación de oficio del órgano jurisdiccional. Con esas bases, esta escuela concluye que “el activismo judicial violaría las reglas de bilateralidad y contradicción”.

Se plantea de este modo un antagonismo, una disyuntiva frente a la cual parecería que el juez debe ser garantista y que todo intento de activismo es disvalioso.

Por su parte, Pablo Manili establece que la supuesta dicotomía “activismo versus garantismo” aparecería por lo tanto únicamente en lo que se ha dado en llamar activismo “malo”, es decir, aquel que se ejerce en detrimento de los derechos fundamentales y en beneficio del poder estatal. Pero mientras el activismo se ejerza en beneficio de los derechos fundamentales, de las acciones de garantía de esos derechos y de la ampliación de la participación ciudadana en la cosa pública, no hay nada que temer de él ni tampoco interpretarlo como una actitud de la jurisdicción reñida con el garantismo. En cambio, cuando las innovaciones se introducen a fin de homologar el accionar del poder y en detrimento de los derechos fundamentales, cobra vigor la dicotomía activismo versus garantismo.⁸⁴

El garantismo operará como una suerte de contenedor a la utilización de un activismo que no respete las garantías constitucionales, entre las que podemos citar: a) el derecho a la jurisdicción, b) el derecho a ser oído, y c) el derecho de defensa.

Sin embargo, no podemos obviar que el activismo indudablemente chocará con las garantías constitucionales. La solución la tenemos en el simple hecho de que ninguno de ambos institutos destruya a otro; podrá

83. Conf. “Problemas actuales del Derecho Procesal”, *Activismo versus garantismo procesal*, Querétaro, Fundap, 2002, p. 10.

84. MANILI, Pablo, ob. cit.

disminuirlo en aras de una mejor protección de los derechos, pero nunca destruirlo. Aquí debemos hacer una salvedad: cuando estemos frente a cuestiones de orden público ciertas garantías pasan de estar en manos de los particulares a la órbita del interés público.

1. El derecho a la jurisdicción

Es el derecho que tiene todo habitante de ocurrir al órgano judicial en procura de justicia, libre de restricciones y absolutamente inviolable; pero no se agota tan sólo en tener un acceso a un tribunal de justicia, sino que requiere que se cumpla además la garantía del debido proceso (art. 18, CN), con una sentencia justa y oportuna en tiempo y forma.

Por lo tanto, dentro del derecho a la jurisdicción encontramos el “debido proceso”, la “defensa en juicio de la persona y los derechos⁸⁵”, la “tutela judicial efectiva” y el “derecho a ser oído”.

2. El derecho a ser oído

Bidart Campos⁸⁶ considera que el derecho a ser oído constituye sólo una fase del derecho a la jurisdicción, posterior al acceso al órgano jurisdiccional y anterior a la sentencia “oportuna”, “fundada” y “justa” que resuelve la pretensión.

3. El derecho de defensa

Algunas personas confunden el derecho a ser oído con el derecho de defensa; si bien ambos son elementos que tienen las partes para expresarse previo al dictado de la sentencia, estos institutos resultan totalmente diferentes. Mientras el primero tan sólo exige, que una vez admitida la acción,

85. Terminología usada para los países de habla hispana, pero el sistema anglosajón utiliza “el debido proceso legal”, desarrollado en la Constitución de EE.UU. en las enmiendas V (1791) y XIV (1868). Enlaza una gama de diferentes variantes: juez natural, no declarar contra sí mismo, posibilidad de presentar pruebas, etcétera.

86. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, 1985, p. 465.

ser escuchado mediante los elementos probatorios que aportará a la causa, el segundo tiene una actitud más conteste ante una contienda que pueda llegar a perjudicarlo, haciendo valer todos los motivos y argumentos jurídicos en el sostenimiento de los derechos e intereses propios y la pretensión de que sean valoradas las circunstancias que invoca el individuo en su favor.

La inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18, CN) constituye una garantía fundamental para los ciudadanos, pues sólo a través de ella se podrán ejercitar en el marco de un proceso todas las demás garantías que la Constitución establece.

En su magnífica obra *Derecho y razón*, Luigi Ferrajoli describe, simple pero contundentemente, cómo debería funcionar el sistema: “Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor, en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y de las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos”.⁸⁷

VIII. El abogado proactivo⁸⁸

Si bien la percepción que la sociedad tiene del abogado está cambiando (como lo demuestran las últimas encuestas realizadas), lo cierto es que la imagen que existe de aquél es la del luchador que han inculcado las películas americanas y que se ha visto ensalzada por la falta de información sobre la evolución a la que se ha encontrado sometida nuestra profesión.

Desde esta perspectiva, el abogado es el último recurso para auxiliar al cliente. Lucha ante el Tribunal, interroga a los testigos, argumenta y convence al jurado y, en la mayoría de las ocasiones, gana el caso. Es un profesional que sirve para resolver problemas, un “apaga fuegos”. Sin embargo, todos

87. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 614.

88. FERNÁNDEZ LEÓN, Óscar, “El abogado proactivo”, publicado por www.abogados.com.ar, 09:02 AM, 17 de noviembre 2011.

sabemos que existen otros roles, funciones o facetas de su actividad en las que, como veremos, la proactividad se convierte en su *piedra de toque*.

El comportamiento proactivo, si bien no es un concepto tradicionalmente asociado a la abogacía, constituye una cualidad fundamental del abogado, y ello debido a que la actividad que desarrolla exige una forma de actuar basada en la anticipación y en la acción orientada a los resultados, elementos esenciales en dicho comportamiento.

Por tanto, aunque pueda desconocerse este concepto, lo cierto es que un abogado que carezca de proactividad tendrá muchas dificultades en desarrollar su trabajo en todos y cada uno de los ámbitos en los que interviene (clientes, organización interna, preparación de juicios, negociaciones, etc.), mientras que el abogado proactivo será, sencillamente, mejor abogado.

La proactividad o la conducta proactiva es un concepto relativamente reciente. Concretamente, se atribuye al neurólogo y psiquiatra austriaco Víctor Frankl, que narró su experiencia como prisionero de un campo de concentración nazi en el libro *El hombre en busca de sentido*, en el que define la proactividad como “la libertad de elegir nuestra actitud frente a las circunstancias de nuestra propia vida”. En el cruel contexto que le tocó vivir, Frankl afirma que nadie pudo arrebatarle su libertad interior: el decidir de qué modo le afectaría lo que le estaba pasando.

Si bien hay numerosas definiciones de proactividad, no todas coincidentes, existen puntos en común que pueden facilitarnos una idea bastante clara de aquélla. Así, la proactividad puede definirse como la capacidad del ser humano de liderar su propia vida como consecuencia del potencial que dispone para mejorarse a sí mismo, su situación y a su entorno mediante la toma de las iniciativas necesarias para crear cambios en su vida (extraído de las definiciones de Steven Covey, Ralf Schwarzer y Bateman y Crant).

De la definición anterior, y conforme a los resultados de los trabajos de investigación llevados a cabo por Bateman y Crant, podemos señalar las siguientes características esenciales de las personas proactivas:

1. Están buscando continuamente nuevas oportunidades.
2. Se marcan objetivos efectivos orientados al cambio.
3. Anticipan y previenen problemas.
4. Hacen cosas diferentes o actúan de forma diferente.
5. Emprenden la acción y se aventuran a pesar de la incertidumbre.

6. Perseveran y persisten en sus esfuerzos.
7. Consiguen resultados tangibles, puesto que están orientadas a ellos.

Como puede colegirse, el comportamiento proactivo está íntimamente emparentado a la idea de responsabilidad, acción y cambio. En la medida en que los problemas nos afectan, somos nosotros los responsables de optar por la respuesta adecuada a ellos, decidiendo qué hacer en cada momento y actuando con iniciativa en busca de los cambios necesarios para hacerles frente. Igualmente, ante la previsión de problemas, la persona proactiva se anticipa a ellos con determinación y constancia, generando nuevas oportunidades. En ambos casos, su comportamiento está orientado a los resultados, asumiendo la responsabilidad de que las cosas sucedan.

El comportamiento proactivo también está muy relacionado con la forma de afrontar el cambio. Las personas proactivas no lo rechazan, todo lo contrario, están dispuestas a aceptarlo con la necesaria flexibilidad y a integrarse en él, como también, si es imprescindible, a impulsarlo para acabar con situaciones de incertidumbre o perjudiciales.

Resumiendo, las personas proactivas toman la iniciativa, pasan a la acción, corren riesgos, obtienen resultados y son asertivas.

El perfil opuesto a ellas es el de las personas reactivas, que se caracterizan por centrarse en problemas y circunstancias sobre las que no tienen ningún control, por lo que carecen de libertad y capacidad de elegir sus acciones, lo que las conduce a una actitud pasiva y conformista. Por el contrario, las proactivas centran sus esfuerzos en aquellas áreas en las que pueden influir y generar cambios. No obstante, es posible la transformación de una persona reactiva en proactiva. Para ello es necesario identificar las áreas en las que se puede mejorar y comenzar a actuar de forma diferente, importando las características propias de la persona proactiva. Ser proactivo se cotiza en alza.

El abogado puede emplear la proactividad en diversos terrenos de su actividad. Distinguiremos dos ámbitos, uno, vinculado al concepto de habilidad y otro, relacionado con el modo de ejercer la abogacía.

La proactividad como habilidad no es más que un trasunto del concepto anteriormente analizado al quehacer diario del abogado. A modo de ejemplo, en su trabajo, el abogado tiene que convertirse en un líder en busca de una mejora continua en los procesos de funcionamiento del despacho, buscando permanentemente opciones que le permitan mejorarlo para al-

canzar los resultados previstos; la gestión del tiempo y la organización del trabajo constituyen caldos de cultivo esenciales para poner en práctica la proactividad; con el cliente, el abogado debe anticiparse continuamente a sus necesidades manteniendo el contacto y tratando de adoptar iniciativas que lo ayuden a conseguir sus objetivos; deberá estar en permanente contacto con su equipo para conocer sus necesidades y estar atento a aquellas situaciones que le permitan superar problemas o dificultades; en la preparación del caso deberá organizarse con tiempo para no dejar ningún cabo suelto. En definitiva, el abogado, deberá hacerlo todo con un espíritu proactivo.

La proactividad como forma de ejercicio de la abogacía se observa en una actividad más cercana al “diseño” de una solución que a la resolución de un problema. Estamos hablando de la abogacía preventiva.

Así, el abogado, lejos de limitarse a la intervención como última posibilidad, deberá incentivar su capacidad de suministrar ideas, opciones y recursos para adoptar la decisión más adecuada en el negocio planteado por el cliente. Conocedor de la necesidad de éste, el abogado deberá disponer de las habilidades necesarias para anticiparse al conflicto y facilitar aquellas soluciones que le permitan a aquél sortar los numerosos obstáculos que se interponen en el desarrollo de su actividad y obtener los resultados pretendidos. Esto puede darse en una negociación, en la elaboración de un contrato, en el asesoramiento al empresario en el cumplimiento de las obligaciones legales que afectan a la empresa con el fin de eludir el perjuicio que para ésta supondrá la apertura de un procedimiento administrativo o judicial.

Naturalmente, ello no obsta para que en caso del, a veces inevitable, litigio judicial, el abogado temple su capacidad, astucia, energía para defender con éxito los intereses de su cliente, o lo que es lo mismo, como dice sabiamente Polonio a su hijo Alertes en la obra de Shakespeare *Hamlet*: “Guárdate de entrar en pendencia; pero, una vez en ella, obra de modo que sea el contrario quien se guarde de ti.”

En definitiva, el abogado, a través de la proactividad, debe diseñar e implementar soluciones creativas que marquen la diferencia respecto a la conducta reactiva que tradicionalmente se ha esperado de nosotros.

IX. El activismo en el derecho de familia⁸⁹

La Cámara de Familia de Segunda Nominación de Córdoba decidió que la vía judicial era la adecuada para resolver acerca de un pedido de constancia de idoneidad para adoptar en el extranjero, ante la ausencia de órganos administrativos competentes para abordar la cuestión. La solicitud fue planteada por una pareja que quería realizar una adopción internacional en Haití.

Los magistrados Fabián Faraoni, Graciela Moreno de Ugarte y Roberto Rossi entendieron que la petición del matrimonio consistía en “un derecho que no puede ser desconocido, pues lo contrario importaría una denegación de justicia”. En consecuencia, el Tribunal de Alzada declaró competente a un Juzgado del mismo fuero para que tramitara la sumaria informativa requerida por la pareja.

Además, los camaristas destacaron que “no estamos en presencia de un proceso de adopción, sino en un estadio anterior en el cual la tramitación de la información sumaria por la vía judicial viene a aportar la transparencia que requiere la futura adopción en Haití, propósito por demás noble y humanitario, dados los hechos de público conocimiento”.

La solicitud de una constancia de idoneidad fue planteada por una pareja que quería realizar una adopción internacional en Haití, ante el Juzgado de Familia de Cuarta Nominación. Sin embargo, el órgano judicial se declaró incompetente. Entonces, los peticionantes apelaron dicha resolución.

En particular, los vocales de la Cámara de Familia señalaron que los tribunales de este fuero son “los órganos con competencia exclusiva en materia de adopción” y que, por ende, “la certificación de idoneidad requerida cae bajo la órbita de su actuación”. “El certificado de idoneidad no es más que un documento que da fe de la aptitud de los pretendientes para adoptar en un país determinado y, en principio, se emite luego de que el juez valora un informe psicológico y una encuesta ambiental de los postulantes de la adopción internacional y estima que reúnen las condiciones morales, económicas y personales necesarias para ello”, explicó el Tribunal de Apelaciones.

Luego, la Justicia de Alzada manifestó que en la Argentina “la única vía para lograr informes psicológicos y la encuesta ambiental que se ha

89. Diario Judicial del jueves 17 de mayo: “La transparencia de la Justicia avala sus juicios de idoneidad”.

considerado como oficial es la de un proceso judicial, donde los pretendientes solicitan la producción de determinadas pruebas periciales mediante una información sumaria que establezca la idoneidad o no de los mismos para aspirar una adopción internacional de un niño que se llevará a cabo en un determinado país.”

“Se trata de una cuestión de índole extrapatrimonial, derivada de la relación familiar” y el pedido “tiene como único cometido que el órgano judicial emita el certificado requerido a los efectos de tramitar una futura adopción internacional, la cual no es objeto de merituación ni tratamiento en estas actuaciones, y que, en todo caso, se registrará por la normativa aplicable en el derecho interno de Haití”, precisó el Tribunal cordobés.

Los magistrados también recordaron que “no existe un organismo administrativo estatal que tenga competencia para otorgar el certificado de idoneidad requerido, con lo cual la vía que resulta idónea para ello no es otra que la judicial”, pues “le da el carácter oficial que en cuestiones de esta naturaleza se impone y luce como la más conveniente y adecuada”.

Por lo tanto, la Cámara de Familia de Segunda Nominación de Córdoba hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la pareja y declaró competente al Juzgado de Familia de Cuarta Nominación para resolver acerca del certificado de idoneidad solicitado por los actores, órgano judicial que inicialmente se había declarado incompetente.

X. A modo de conclusión

Si bien el activismo judicial, como se vio, es una herramienta fundamental en el actual esquema de justicia donde se transforma principalmente la figura del juez pasando de ser un espectador a parte sustancial del buen proceso, este instituto también involucra a los abogados que deben evitar la mala praxis judicial y bregar por un buen uso del derecho.

En este último aspecto no debemos olvidar que todos los abogados, matriculados en el Colegio de Abogados a través del art. 5° de la ley 23.187 (promulgada el 25 de junio de 1985), en el ejercicio profesional estarán equiparados a los magistrados en cuanto a la consideración y al respeto que se les debe. Por lo cual, el activismo judicial estará considerando tanto a los jueces y funcionarios judiciales, como a las partes y sus abogados, teniendo en cuenta en estos últimos la equivalencia legal con los magistrados.

En el orden normativo dichas modificaciones se encuentran reguladas en los arts. 34, 35 y 36 del CPCCN y en el preámbulo de nuestra Constitución Nacional, cuando nos obliga a todos a realizar actos para afianzar la justicia.

De lo expuesto podría decirse que el activismo judicial es una herramienta que ayuda al procedimiento; sin embargo, un ágil y expedito trámite se logrará con nuevos elementos que modifiquen los tiempos procesales con generosos cambios en los códigos de rito; a ello lo denominamos “activismo procesal”.

Por su parte, el Profesor Italiano Zagrebelsky ha dicho que los principios constitucionales encierran un mandato tácito que, llegado el caso pueden determinar que se deba dejar de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría la solución injusta de un litigio.⁹⁰

90. “El derecho dúctil”, traducción de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1997, p. 134.

ΑΓΩΝ - ΑΓÓN

Espacio de cooperación pero a la vez de competencia, lugar de confluencia pero también de desacuerdo, el agón ha signado –con su naturaleza única y compleja– la cultura griega del pensamiento y de la acción. Esta sección, que se ocupa de rescatar ese espíritu y reconquistar las ventajas de la polifonía, se construye sobre el debate de dos docentes-investigadores que esbozan sus pensamientos en torno de la misma temática. Tesis y antítesis. La tercera voz, la del lector, constituye la instancia final del contrapunto, un necesario lugar de síntesis. Como en todo agón, se procura aquí que el enfrentamiento se vuelva complementariedad y la recepción se torne una nueva instancia fecunda y activa de participación.

Dolo como reproche

Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*

*Gabriel Pérez Barberá***

En el presente trabajo se intentará superar de modo definitivo la comprensión psicológica del concepto de dolo, según la cual el dolo es un estado mental (conocimiento, voluntad, etc.), o requiere necesariamente la existencia en el caso de un determinado estado mental. Aquí se desarrollará la tesis de que el dolo, al igual que la imprudencia, no es un hecho (psíquico), sino una propiedad normativa que caracteriza a una determinada clase de caso. Que la presencia o ausencia de un determinado conocimiento, de una voluntad o de una creencia sea o no decisiva para definir a un caso como doloso, depende de la ratio legis del mayor merecimiento de pena del delito doloso. El concepto de dolo se objetiviza así por completo, a través de una reconstrucción conceptual que, de la mano de una teoría de la probabilidad actualizada, es factible incluso de lege lata. Conforme a ello, en términos sistemáticos no ha de diferenciarse ya entre tipo objetivo y tipo subjetivo, sino entre tipo de explicación y tipo de imputación.

** Doctor en Derecho. Profesor de derecho penal en la Universidad Nacional de Córdoba y de Derecho Procesal Penal profundizado en la Universidad Torcuato Di Tella. Actual becario de la Fundación Alexander von Humboldt, Alemania.

* El presente trabajo es un resumen de mi tesis doctoral, entregada en junio de 2007 y publicada en 2011 (cf. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011). Por razones de espacio resulta imposible incluir en esta publicación una fundamentación exhaustiva del punto de vista defendido en ese trabajo de más de 800 páginas, al cual corresponde por tanto remitir.

I. Introducción

Es usual que la doctrina se valga del “caso de la correa de cuero”¹ para demostrar el fracaso de todos los conceptos de dolo propuestos hasta ese momento.² Aquí se hará uso del mismo recurso. Piénsese en el núcleo central de ese caso: dos ladrones que de ninguna manera quieren matar a la víctima, porque la conocen, no obstante la matan, estrangulándola con un cinturón (o correa) de cuero. Por razones de brevedad, se tendrán por correctas las críticas que, a partir de este caso, efectúan Roxin y Herzberg a las demás teorías sobre el dolo, incluida la crítica de Herzberg a la tesis de Roxin.³ Pero se agrega lo siguiente: tampoco es apta la tesis de Herzberg para resolver este caso. Porque él, al igual que casi toda la doctrina y la jurisprudencia, identifica dolo con conocimiento o representación efectiva de una determinada clase de peligro,⁴ y lo cierto es que, en este caso, no es posible sostener que los autores, al momento exacto del hecho, se representaron el resultado como posible. Afirmar que sí existió tal representación, como opina la doctrina dominante,⁵ es arbitrario. Porque la relación personal existente en forma previa entre uno de los autores y la víctima obliga a inferir que, si esa representación realmente hubiese existido, los autores no hubiesen continuado con su acción, como de hecho ocurrió cuando, en un primer momento, cuando sí se representaron como posible a la muerte de la víctima, desistieron de usar la correa y decidieron emplear una bolsa de arena para atontarla con un golpe. Siguiendo a Schmidhäuser,⁶ es válido afirmar que cuando los autores, espontáneamente, se representaron el resultado de muerte, desistieron de usar la correa de cuero para estrangular a la víctima. Y que si luego emplearon esa correa fue porque, en el momento exacto de hacerlo, no se representaron la posibilidad de ese resultado. Hay

1. Tribunal Supremo Federal alemán en materia penal (en adelante BGHSt, conforme a su sigla en alemán), 7, 363. El caso es tan conocido que puede prescindirse aquí de su exposición detallada. Verla no obstante en PÉREZ BARBERÁ, *Dolo* (2011), pp. 262 y ss.

2. Así por ejemplo ROXIN, *JuS* 1964, S. 53 ff.; HERZBERG, *JuS* 1986, S. 249 ff.

3. Cf. HERZBERG, *JuS* 1986, S. 250.

4. Cf. HERZBERG, *JuS* 1986, S. 261 f.; EL MISMO, *JZ* 1988, S. 638 f.

5. Y también –inconsecuentemente– SCHMIDHÄUSER, *JuS* 1980, S. 244 ff.

6. Cf. SCHMIDHÄUSER, FS-H. Mayer (1966), S. 324 ff.

que admitir entonces que este es un caso en el que, en el momento exacto del hecho (que es el momento que importa) no ha existido en los autores representación efectiva del peligro creado. Sin embargo, toda la doctrina,⁷ al igual que el BGHSt, considera que este es un caso doloso. Y no se equivocan. El caso de la correa de cuero constituye, a mi juicio, un caso de ceguera ante los hechos, y uno de los propósitos centrales del presente trabajo es demostrar por qué es correcto imputar dolo pese a la ausencia de conocimiento o de representación efectiva, en el autor, del peligro que él mismo ha creado.

Dolo no es ni voluntad ni conocimiento. Imprudencia, por su parte, no es ni ausencia de voluntad ni ausencia de conocimiento. Ello, sin embargo, no significa que voluntad y conocimiento, así como sus ausencias correspondientes, no jueguen papel alguno respecto de estas categorías. Tales estados mentales, en tanto datos fácticos que son, pueden, llegado el caso y junto con otros, ser relevantes para la conformación de los supuestos de hecho individuales que deban ser considerados dolosos o imprudentes. Pero en lo que respecta a los *conceptos* de ambas categorías nada tienen que aportar.

Hace casi un siglo que es un lugar común en la doctrina dominante comprender a la imprudencia como una categoría normativa, que nada tiene que ver con un estado mental. Se la entienda como violación a un deber de cuidado o como creación de un riesgo no permitido, esa doctrina dominante considera invariablemente que la imprudencia importa un *reproche objetivo* a la conducta del autor.⁸ Pues bien, no se comprende por qué no se ha concluido lo mismo respecto del dolo, al que se lo continúa considerando un dato fáctico, psíquico, concretamente un estado mental (conocimiento, voluntad, etc.),⁹ o en el mejor de los casos un concepto normativo que exi-

7. Salvo ENGISCH, en NJW 1955, S. 1688, aunque con argumentos que no son convincentes. Se trata no obstante de un muy breve comentario a fallo, en el que no había ocasión (ni intención por parte de Engisch) de desarrollar una teoría al respecto.

8. Cf., por todos, ROXIN, AT I⁴ (2006), § 24, nm. 8 y ss., con más referencias bibliográficas.

9. Así, la doctrina dominante: cf., entre otros, BOCKELMANN/VOLK, AT⁴ (1987), pp. 69 y ss.; HASSEMER, ADPCP 1990, pp. 917 y ss., 924 y ss.; WELZEL, PG⁴ (1993), p. 77; JESCHECK/WEIGEND, AT⁵ (1996), p. 293; SK-StGB⁷-RUDOLPHI (2002), § 16, nm. 1; Schönke/Schröder/CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, StGB²⁷ (2006), § 15, nm. 9 y ss.; FRISTER, AT⁵ (2011), p. 129. Paradigmática en este sentido es la definición de Wessels/Beulke: “Dolo, como estado de cosas psíquico, es la voluntad de realización de un tipo penal en conocimiento de todos los elementos objetivos del hecho” (WESSELS/BEULKE, AT⁴¹ [2011], § 7, nm. 203). También

ge no obstante la presencia ineludible de conocimiento o de representación efectiva, por parte del autor, del peligro creado, o de la posibilidad de su realización.¹⁰ Una conducta es penalmente típica sólo si es dolosa o si es imprudente; por tanto, debería ser claro que dolo e imprudencia son dos conceptos que pertenecen al mismo ámbito categorial. Sin embargo, ambos son tratados como categorialmente diferentes por la doctrina dominante (imprudencia como concepto normativo, dolo como concepto empírico), y ese es, a mi juicio, uno de los más graves errores que se ha cometido en la dogmática del ilícito.

Por su parte, aquellos autores que con toda claridad sostienen que “*dolo* es una expresión técnico-jurídica, que no se identifica ni con voluntad ni con representación, ni con intención”,¹¹ aceptan no obstante que, si bien el dolo no “es” ninguno de esos estados mentales, los supone *necesariamente*,¹² y muchas veces no explicitan las razones (normativas) de por qué ello debe ser así, pues se da por sobreentendido que quien sabe es más responsable que el que no sabe. A ese déficit de fundamentación normativa contribuye, a mi juicio, el hecho de que, incluso aquellos para quienes es obvio que el concepto de dolo es un concepto jurídico-normativo, y no empírico, no han intentado reconstruir con precisión en qué consiste concretamente ese concepto normativo, y por eso, aunque digan que el concepto de dolo es jurídico, terminan, pragmáticamente, identificando al dolo con conocimiento (o con voluntad, etc.),¹³ con lo cual, en definitiva, aceptan una vinculación de tipo conceptual entre “dolo” y el dato psíquico en cuestión. Si, en cambio,

Puppe es muy enfática a favor de la identificación del dolo con el conocimiento del autor, pese a que ello no se condice con su intención de lograr un concepto normativo de dolo: “El conocimiento de la magnitud del peligro no indica el dolo, en el sentido de la teoría de la probabilidad; él es el dolo” (NK-StGB-PUPPE (1995), § 15, nm. 71). En la doctrina argentina sostienen esta concepción, entre otros, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG² (2002), pp. 519 y ss.; CREUS, PG⁵ (2004), pp. 238 y ss.; RIGHI, PG (2007), pp. 208 y ss.; RUSCONI, PG² (2009), p. 356.

10. Así, entre otros, KINDHÄUSER, FS-Eser (2005), pp. 348 y ss.; ROXIN, FS-Rudolphi (2004), pp. 244 y ss., 257; STRATENWERTH/KUHLEN, AT⁵ (2004), § 8, nm. 66 y ss.; en la doctrina argentina SOLER, DPA II⁵ (1987), pp. 123 y ss.; SANCINETTI, Teoría (1991), pp. 197 y ss.

11. SOLER, DPA II⁵ (1987), p. 123.

12. SOLER, *ibid.* Lo mismo sostienen los autores citados en nota 10.

13. Así SOLER, DPA II⁵ (1987), p. 152, y, entre otros, los autores citados en nota 10.

se toma en serio la idea de que el dolo, conceptualmente, se vincula a una norma, y se intenta una reconstrucción analítica de ese concepto consistente con ese punto de partida, el carácter meramente contingente de su relación con la presencia de un estado mental se aprecia con toda claridad, y ése es uno de los objetivos principales de este trabajo: mostrar qué es el dolo para demostrar que no hay razones para sostener que él requiere, necesariamente, la presencia de un determinado estado mental.

Conceptualmente, dolo e imprudencia, desde un punto de vista sintáctico, son propiedades definitorias de los respectivos casos genéricos: el caso genérico doloso y el caso genérico imprudente.¹⁴ Dolo e imprudencia son, pues, las propiedades que tornan dolosos o imprudentes a los supuestos de hecho establecidos por la ley como tipos penales. Semánticamente, por su parte, dolo e imprudencia son propiedades normativas, porque lo que torna doloso o imprudente a un caso genérico es una determinada valoración de él como más o menos grave, a partir de un juicio objetivo respecto al posicionamiento epistémico del autor en relación con su hecho.¹⁵ Y pragmáticamente, en tanto, dolo e imprudencia importan un tipo especial de acto de habla, conforme al cual, desde el punto de vista de un observador objetivo, no se describe sino que se valora una acción –previamente imputada al autor como suya– como contraria a una regla jurídico-penal. Desde este último punto de vista, calificar a una acción como dolosa o imprudente tiene el sentido ilocucionario de una valoración, i.e., emitir un juicio de valor en un sentido determinado, que es concretamente un sentido de reproche.

14 Cf. ALCHOURRÓN/BULYGIN, Introducción (1993), pp. 34, 52 y ss. “Caso genérico”, en este contexto, es el supuesto de hecho previsto en abstracto en una norma general (en un tipo penal, por ejemplo). “Caso individual”, por su parte, es el suceso empírico, el que ocurre en el mundo real, y que puede encuadrarse en el caso genérico a través del correspondiente proceso de subsunción.

15 Ciertamente, se formula ya un primer juicio de desvalor del hecho en función de los criterios de la llamada teoría de la imputación objetiva, a partir del cual se infiere su *relevancia* penal mínima, que coincide con el juicio de desvalor propio de la imprudencia (vgl. Roxin, AT I⁴ [2006], § 24, Rn. 10). Pero si el reproche que merece la conducta es más grave que el que posibilitan los criterios de imputación objetiva (= de la imprudencia), entonces entra en consideración el dolo, que es también una categoría normativa de imputación, y no un hecho.

La afirmación de que la voluntad no debe jugar ningún papel en el ámbito del concepto de dolo no constituye ninguna novedad. Tanto la teoría de la posibilidad, defendida entre otros por Schröder,¹⁶ Schmidhäuser¹⁷ y Jakobs,¹⁸ como las modernas teorías de la representación (Frisch)¹⁹ y las nuevas teorías de la probabilidad (Herzberg,²⁰ Puppe,²¹ Kindhäuser)²² han sostenido precisamente eso con toda claridad. Pero lo mismo debe decirse respecto del conocimiento, pues éste, al igual que la voluntad, es nada más que un estado mental, y por lo tanto un dato fáctico.²³ Constituye básica-

16. En FS-Sauer (1949), pp. 207 y ss. La llamada “teoría de la posibilidad” se remonta, de todas formas, ya al siglo XIX y a comienzos del XX. Durante ese período fue desarrollada –prácticamente en los mismos términos con los que fuera retomada a partir de la década de 1940– por varios autores, como, entre otros, BRUCK, *Fahrlässigkeit* (1885), pp. 15 y ss.; WOLFF, *Verhalten* (1923), pp. 214 y ss.

17. En, GA 1957, pp. 305 y ss.; EL MISMO, GA 1958, pp. 161 y ss.

18. En AT² (1991), 8/5a y 9/1.

19. En *Vorsatz* (1983), pp. 163 y ss.

20. En JuS 1986, pp. 249 y ss.

21. En ZStW 103 (1991), pp. 1 y ss.; también en NK-StGB-PUPPE (1995), § 15, nm. 26 y ss.; NK-StGB³-PUPPE (2010), § 15, nm. 64 y ss.

22. En FS-Eser (2005), pp. 345 y ss., 353 y ss.

23. En la dogmática penal y procesal penal tradicional no se pone en cuestión el carácter fáctico no sólo del conocimiento, sino de todos los estados mentales o datos psíquicos: ellos son considerados *hechos*, que pueden probarse empíricamente, sin mayor discusión. Así, entre muchos otros, SK-StPO¹³-SCHLÜCHTER (1995), § 244, nm. 4 y s.; cf. especialmente las referencias bibliográficas que cita Freund en, *Normative* (1987), p. 8.; así también, aparentemente, ROXIN, JuS 1964, p. 60. Este punto de vista remite incluso al derecho romano (cf. HRUSCHKA, FS-Kleinknecht [1985], pp. 195 y s., con más referencias; también VOLK, FS-Arthur Kaufmann [1993], pp. 611 y ss.). De acuerdo expresamente con la consideración de los datos psíquicos como hechos, entre muchos, ENGISCH, *Untersuchungen* (1930), pp. 198 y s.; los considera “datos empírico-psicológicos” *Schünemann*, FS-Hirsch (1999), p. 367. Esta conclusión tradicional es, a mi juicio, básicamente acertada: si se acepta que por ‘hecho’ debe entenderse todo aquello que puede ser descrito por una proposición verdadera (así, en lo esencial, PATZIG, *Tatsachen* [1980], pp. 11 y ss., 15 y ss., 35 y s., 40 y s., siguiendo en esto a WITTGENSTEIN, *Tractatus* [1994], 2.04-2.06), entonces los datos psíquicos o estados mentales son hechos y pueden y deben ser sometidos a prueba en el proceso penal (de acuerdo con esto también TARUFFO, *Prueba* [2002], p. 159). Esta conclusión, sin embargo, no es aceptada por un sector minoritario de la literatura jurídico-penal actual (cf. por ejemplo FREUND, *Normative* [1987], pp. 3 y ss., 26 y ss.; RA-

mente un error categorial, en el sentido de Ryle,²⁴ afirmar que un constructo normativo por definición como el dolo sea un hecho psíquico (un estado mental), como lo es el conocimiento o la representación del autor. Ello, sin embargo, es precisamente lo que afirma la doctrina dominante.²⁵ E igualmente erróneo es insistir en que, por razones normativas, el conocimiento efectivo del peligro creado debe ser considerado un substrato psíquico indispensable para el dolo.²⁶

Ahora bien, así como resulta metodológicamente inaceptable un concepto psicológico de dolo, por cuanto está fundado en una falacia *naturalista* (es decir, en una derivación del deber ser a partir del ser), el camino no puede consistir tampoco en “normativizar” conceptos empíricos (como voluntad y conocimiento), dado que ello importa incurrir en una falacia *normativista*, esto es, en pretender derivar el ser a partir del deber ser. Uno de los programas dogmáticos más importantes de los últimos tiempos, el de Jakobs, parte de una clara falacia normativista. Él pretende, en efecto “(re) normativizar” conceptos empíricos, como causalidad, conocimiento, voluntad, etc.²⁷ Pero una “normativización” (o una “re-normativización”) sólo es posible en relación con conceptos *normativos*, como el de dolo, el de imprudencia, el de culpabilidad, etc. “Normativizar”, en ese contexto, significa asumir el desafío de eliminar las falacias naturalistas que se siguen cometiendo en los intentos de explicar esos conceptos normativos. Cuando, por el contrario, se trata de conceptos empíricos, todo lo que puede hacer normativamente una disciplina jurídica como la dogmática penal es decidir, a partir de un determinado parámetro valorativo, si esos hechos son o no relevantes

GUÉS I VALLÈS, GA 2004, pp. 257 y ss.). Una crítica detallada a la posición de estos últimos autores llevo a cabo en PÉREZ BARBERÁ, Dolo (2011), pp. 618 y ss., 702 y ss.

24. Cf. RYLE, Begriff (1997), pp. 13 y ss.; cf. también BUNG, Wissen (2009), pp. 87 y ss.

25. Véanse las pertinentes referencias *supra*, en nota al pie N^o 9. Es precisamente porque de hecho se identifica dolo con conocimiento que los autores que prestan atención a los llamados “indicadores” presentan a éstos como indicadores *del dolo* (así, entre otros, HASSEMER, GS-Arm. Kaufmann [1989], pp. 289 y ss.; SCHROTH, Vorsatz [1994], pp. 2 y ss.; SAFFERLING, Vorsatz [2008], pp. 185 y ss.), cuando en rigor son sólo indicadores fácticos objetivos de la existencia de un dato fáctico subjetivo, como lo es precisamente el conocimiento.

26. Como opina, entre otros, FRISCH, Vorsatz (1983), pp. 54, 334 y *passim*.

27. Cf. JAKOBS, AT² [1993], Prólogo a la 1^a edic., p. VII.

para el derecho, pero no adjudicarle a tales datos fácticos un nuevo “significado normativo”. Lo empírico permanece empírico también para el derecho.

La jurisprudencia alemana, cuando estampó aquella famosa expresión “querer en sentido jurídico” (precisamente en el caso de la correa de cuero), fue acertadamente criticada por la doctrina precisamente porque, con esa expresión, intentaba normativizar un concepto fáctico, como lo es el de “querer”. Pero esa literatura crítica (que es, por lo demás, tendencialmente “normativista”), procede en verdad de la misma manera que esa jurisprudencia. Así, por ejemplo, Puppe quiere “normativizar” el dato psíquico “voluntad”;²⁸ Roxin quiere “normativizar” el dato psíquico “decisión”²⁹ y Jakobs quiere “normativizar” el dato psíquico “indiferencia”.³⁰ Sin embargo, y tal como lo ha sostenido recientemente Pawlik, “quien se toma en serio a la normativización del dolo no puede, al mismo tiempo, permanecer asido tercamente a esas categorías de la teoría del delito que han sido desarrolladas sobre la base de una comprensión no normativa del dolo”.³¹ Por otra parte, ni con respecto al concepto de conocimiento ni con respecto al de voluntad es el uso del lenguaje lo suficientemente ambiguo como para que sea necesario distinguir entre un significado descriptivo y otro normativo de ambos, como se afirma últimamente en relación, sobre todo, con el denominado elemento voluntativo del dolo.³² Igual que el conocimiento, también la voluntad no es otra cosa que un *faktum* psíquico, es decir: un hecho. Lo que se tiene que establecer normativamente es si un hecho determinado, psíquico o físico, debe ser tomado en cuenta, o no, para poder caracterizar a un caso como doloso.

28. Cf. PUPPE, ZStW 103 (1991), p. 1 y ss.; NK-StGB³-PUPPE (2010), § 15, nm. 23 y ss., 68.

29. Cf. ROXIN, JuS 1964, p. 53 y ss.; FS-Rudolphi (2004), pp. 242 y ss.

30. Cf. JAKOBS, ZStW 114 (2002), pp. 595 y ss. Que “indiferencia” no sea “un proceso psíquico” sino la “ausencia de toda fidelidad al derecho” (así JAKOBS, FS-Rudolphi [2004], p. 108) no modifica nada: la ausencia de fidelidad al derecho es también información fáctica y, por tanto, no debe ser equiparada al dolo. En todo caso, la relevancia de ese dato fáctico para una imputación dolosa debe ser determinada jurídicamente a través de la categoría normativa del dolo. Últimamente Jakobs va incluso más lejos en este método erróneo y pretende “normativizar” también los términos “querer” y “saber” (cf., RW - Heft 3 2010, pp. 287, 297, notas a pie 10 y 39).

31. PAWLIK, ZIS 4/2010, S. 340.

32. Vgl. NK-StGB³-Puppe (2010), § 15, Rn. 23 ff., 68.

Vogel afirma que, salvo la excepción del trabajo de Jakobs en ZStW 114 (2002), aquí ya varias veces citado, “un estricto ‘objetivismo’, de acuerdo con el cual el dolo es atribuido con independencia de un sustrato psíquico, no ha sido sostenido por nadie en el moderno derecho penal alemán ni siquiera en los tiempos más recientes”.³³ Sin embargo, dado que Jakobs, como se ha visto, continúa no obstante asido a la metodología de “normativizar” conceptos psíquicos, la verdad es que sólo la tesis que aquí desarrollo constituye una auténtica excepción a ese panorama general descrito por Vogel, pues ella es la primera que realmente independiza por completo al concepto de dolo de un punto de partida psíquico. El concepto de dolo, en efecto, no será considerado aquí como un derivado de datos fácticos tenidos *a priori* como relevantes, sino como un derivado del fin del derecho penal y de la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso.³⁴ En todo caso, a partir de ese concepto se determinará, *a posteriori*, qué datos fácticos (incluso psíquicos) resultan relevantes en cada supuesto de hecho para la formulación del reproche doloso, según las características del caso concreto.

II. La cuestión del derecho positivo

En Argentina, el derecho penal positivo vigente no constituye impedimento alguno para la explicación del dolo como un concepto estrictamente normativo como el que aquí se postula, no equiparable con el de conocimiento. Pues nuestro CP dice únicamente que no es punible quien actúa con error de hecho no imputable (CP, 34 inc. 1º).³⁵ Y qué sea un “error de hecho

33. LK-StGB¹²-VOGEL (2007), previo al § 15, nm. 68 y s. Roxin afirma también, aunque críticamente, que las características definitorias habituales del dolo, como “conocimiento”, “voluntad”, etc., son siempre “formuladas como datos psíquicos” (ROXIN, FS-Rudolphi [2004], p. 243). Según PAWLIK, ZIS 4/2010, pp. 339 y ss., tampoco son genuinamente normativas las recientes monografías de STUCKENBERG (2007), SAFFERLING (2008) y BUNG (2009), pese a que son presentadas como normativas por sus propios autores.

34. Véase al respecto *infra*, apartado IV. En la literatura más reciente, críticamente sobre esta tendencia “normativizante”, entre otros, VOGEL en GA 2006, pp. 386 y ss.; GAEDE, ZStW 121 (2009), pp. 239 y ss.; a favor, entre otros, ROXIN, *ibid.*; JAKOBS, *ibid.*; NK-StGB³-PUPPE (2010), § 15, nm. 64 y ss.

35. De acuerdo con esto, en tanto sostiene implícitamente que el CP argentino no obliga a un determinado concepto de dolo, SANCINETTI, Dogmática (2003), p. 133. En contra la

no imputable” es algo que, en todo caso, sabremos no por lo que diga la ley o la naturaleza, sino por lo que determine el pertinente desarrollo dogmático de ese concepto legal,³⁶ que en nuestro país no es forzoso que se elabore a partir del par psicológico “conocimiento/desconocimiento”. Entre nosotros, por ejemplo, bien podría sostenerse que un error de hecho no imputable al autor sólo puede estar conformado por un desconocimiento no irracional del riesgo creado.

Tampoco el art. 42 del CP argentino impone un determinado concepto de dolo. Sólo establece que, para que alguien pueda ser penado por tentativa, tiene que actuar con el fin de cometer un delito determinado (esto es, con dolo directo de primer grado). Es decir: al dolo básico le establece una condición adicional, que se justifica en tanto el castigo por tentativa importa una extensión del ámbito de lo punible. Mi punto de vista coincide, en este aspecto, con el de la doctrina más tradicional en Argentina, conforme a la cual nuestro derecho positivo vigente exige dolo directo de primer grado para la tentativa, no siendo suficiente por tanto el dolo eventual.³⁷ Esta con-

doctrina dominante en nuestro país, que sostiene que el dolo tiene su base de derecho positivo o bien en el art. 34 inc. 1º del CP (así, por primera vez, Soler, en la primera edición de la parte general de su tratado [1940]: cf. SOLER, DPA II⁴ [1970], pp. 96 y ss.; lo siguen, entre otros, NÚÑEZ, DPA II [1960], p. 47; EL MISMO, Manual PG⁴ [1999], pp. 187 y ss.; FONTÁN BALESTRA, PG II (1966), p. 254; CREUS, PG⁵ (2003), p. 239; sobre los antecedentes legislativos de esta disposición cf. DE LA RÚA, Código² [1997], pp. 449 y ss.), o bien en el art. 42 del CP (así ZAFFARONI, Tratado III [1981], pp. 297, 309 y ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG² [2002], p. 519), o bien en el art. 35 del CP (así BACIGALUPO, PG [1987], p. 200; EL MISMO, Tipo² [1988], p. 50). Se ha sostenido asimismo que, ante la falta de regulación legal expresa, ninguna de estas tesis constituye “una solución dogmáticamente incuestionable” (FRÍAS CABALLERO/CODINO/CODINO, Teoría [1993], p. 384).

36. Exactamente en el mismo sentido, con respecto al concepto de dolo, Schönke/Schröder/CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, StGB²⁷ (2006), § 15, nm. 2.

37. Así, entre otros, NÚÑEZ, DPA II (1960), pp. 315 y ss.; EL MISMO, Disposiciones (1988), p. 166; CREUS, PG⁵ (2003), pp. 424 y s.; FONTÁN BALESTRA, PG II (1966), pp. 377 y s.; DE LA RÚA, Código² (1997), pp. 744 y ss., quien con razón sostiene: “...la expresión ‘fin’ que el legislador ha impuesto como condición en la tentativa, es regularmente interpretada como un componente de tipo intencional que especializa al dolo, resultando incompatible con modalidades eventuales... La razón apunta a una estructuración restrictiva de la tentativa, desde el punto de vista de la política criminal”. En contra BACIGALUPO, PG (1987), pp. 291 y s., quien argumenta en función del adjetivo ‘determinado’, pero lo cierto es que la opinión contraria, como se vio, no fundamenta su posición a partir de ese adjetivo, sino del sus-

clusión es válida también para sistemas legales como el alemán, que no son al respecto completamente unívocos.³⁸ De tal manera, queda claro que, conforme al punto de vista aquí sostenido, es posible diferenciar entre un dolo básico (lo que usualmente se denomina dolo eventual) y un dolo calificado (dolo directo de primer y segundo grado).³⁹

En Alemania, por su parte, el contenido literal del § 16.I StGB es mencionado una y otra vez por la doctrina como barrera infranqueable para el desarrollo dogmático de un concepto de dolo que no se identifique con el de conocimiento.⁴⁰ Pero ello no resulta convincente. A mi juicio, no es posible arribar a afirmaciones concluyentes a partir del tenor literal del § 16.I StGB.⁴¹ Pues, en todo caso, lo único que dice el § 16.I es que una persona actúa sin dolo si no conoce alguna circunstancia típica. Ello, sin embargo, no es ni un concepto ni una definición de dolo. Significa, únicamente, que esa falta de conocimiento, por imperio legal, es un dato fáctico que forzosamente cancela la posibilidad de una imputación dolosa. Pero todavía resta saber qué significa “dolosamente” (“*vorsätzlich*”) en el StGB, §§ 15, 16. Eso, sin

tantivo ‘fin’, presente en el art. 42 del CP argentino; en contra también ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG² (2002), p. 823; SANCINETTI, Teoría (1991), p. 146; RIGHI, PG (2007), pp. 416 y s. 38. En Alemania, como es sabido, la doctrina dominante acepta la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, sin perjuicio de una minoría que opina lo contrario, y a la cual Roxin considera “digna de atención” (cf. las pertinentes referencias bibliográficas en ROXIN, AT II [2003], § 29, nm. 71); entre los autores que niegan la punibilidad de la tentativa con dolo eventual cita Roxin a Schmidhäuser (aunque sólo con relación a la tentativa inidónea: SCHMIDHÄUSER, Studienbuch² [1984], 11/19); PUPPE, NSTZ 1984, p. 491; STRENG, JZ 1990, p. 219 (este último de *lege ferenda*). También en España la doctrina dominante acepta la punibilidad de la tentativa con dolo eventual: así, entre muchos, ALCÁCER GUIRAO, Tentativa (2000), pp. 228 y s., esp. nota a pie N^o 789, con ulteriores referencias bibliográficas (como contraria, en España, a la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, señala este autor sólo a TAMARIT SUMALLA, ADPCP 1992, pp. 515 y ss.).

39. Así ya LUCAS, Verschuldung (1883), p. 17; en la literatura más reciente FRISCH, Vorsatz (1983), p. 496 y ss.; KINDHÄUSER, ZStW 96 (1984), p. 30; JAKOBS, RW - Heft 3 2010, p. 288, nota a pie 13; cf. también CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1985, p. 965.

40. Cf. por ejemplo FRISCH, Vorsatz (1983), pp. 32, 90 y *passim*; JAKOBS, AT² (1991), 8/5a (diferente en ZStW 114 [2002], pp. 584 y ss.); PUPPE, ZStW 103 (1991), pp. 36 y s.; GAEDE, ZStW 121 (2009), pp. 262 y ss.

41. Así, entre otros, JAKOBS, ZStW 114 (2002), pp. 597 y s.; BURCHARD, Irten (2008), pp. 14 y ss.

embargo, es algo que la ley alemana *no dice*,⁴² por lo que ni siquiera hay un tenor literal en el Código Penal a partir del cual pueda determinarse si un concepto de dolo propuesto por la doctrina o por la praxis configura –o no– una interpretación analógica prohibida por el Art. 103.II de la Constitución de ese país.⁴³ Lo único decisivo es que para que el dato fáctico señalado por la ley (“no conocer”: “*nicht kennen*”) posea efecto cancelatorio de una imputación dolosa, tiene que tener con ésta una vinculación conceptual que torne realizable ese efecto. Y dado que de lo que se trata es de una posibilidad de *imputación*, es a partir de lo que *jurídicamente* se entienda por “dolosamente” que deberá determinarse qué características ha de tener el estado mental “ausencia de conocimiento” (“*Unkenntnis*”) para que pueda excluir lo doloso de un caso, y no al revés, como procede la doctrina dominante, que implícita o explícitamente pretende determinar qué es “dolosamente” a partir de lo que la psicología o cualquier otro abordaje empírico entiende por “conocer” o por “no conocer”.⁴⁴

Ni en Argentina ni en Alemania, por tanto, existen impedimentos legales para la elaboración dogmático-penal de un concepto de dolo no identificado con datos empíricos, sean éstos psíquicos o físicos.

III. Aproximación sintáctica al concepto de dolo

Quedó dicho ya que dolo e imprudencia, desde un punto de vista sintáctico, son propiedades definitorias *del caso*, es decir, dolo e imprudencia son las propiedades que hacen que un caso sea doloso o imprudente. En este plano se está haciendo referencia a casos genéricos, no a casos individuales,⁴⁵ esto es, a clases de casos, no a casos concretos. Y una clase de caso es esa clase de caso porque reúne una serie de propiedades, que son las que la caracterizan como tal: dolo e imprudencia son, así, las propiedades que hacen

42. Cf. Schönke/Schröder/STERNBERG-LIEBEN, StGB²⁸ (2010), § 15, nm. 2.

43. De otra opinión LK-StGB¹²-VOGEL (2007), previo al § 15, nm. 70.

44. Correctamente al respecto STUCKENBERG, Vorstudien (2007), pp. 104 y ss.: “Debería... estar claro que sólo la ciencia jurídica puede decidir si y en qué medida son relevantes para ella los conocimientos de la psicología científica... Sería por tanto erróneo creer que la solución de problemas jurídicos puede provenir desde la psicología” (pp. 108 y ss.).

45. Véase *supra*, nota a pie N° 11.

que un caso sea doloso o imprudente, respectivamente. Son propiedades o características que definen casos, no personas.⁴⁶ Debería hablarse, por tanto, de caso doloso, o de hecho doloso (lo cual, al menos en Alemania, es incluso más apegado al tenor literal de los §§ 15 und 16 StGB). Que un autor individual presente determinados atributos psíquicos no significa que “tenga dolo”, sino que pueden atribuírsele ciertas disposiciones internas,⁴⁷ como conocimiento, voluntad, creencias, etc., que serán relevantes para caracterizar a un caso como doloso en la medida en que lo sean para el concepto de dolo que se emplea. Lo que es doloso, en definitiva, es el caso.⁴⁸ Lo mismo vale para la imprudencia.

Ahora bien, como las propiedades definitorias de un caso pueden ser empíricas o normativas, es importante dejar sentado desde el principio que dolo e imprudencia son propiedades normativas, y ello es así porque lo que torna doloso o imprudente a un caso es una determinada valoración objetiva de él como más o menos grave. Dolo equivale, entonces, a reproche grave (e imprudencia a reproche atenuado) *al hecho*. Y es claro que la gravedad de un hecho es una propiedad normativa (o valorativa o evaluativa) de ese hecho, no una propiedad fáctica. El derecho acude muy a menudo a propiedades normativas para fijar el presupuesto empírico que es condición para la aplicación de una sanción. Y lo que sucede con el derecho penal es que él, además de emplear propiedades normativas o valorativas para caracterizar algunos delitos en particular, emplea dos propiedades normativas para caracterizar a *todo* caso jurídico-penalmente relevante. Ellas son, precisamente, el dolo y la imprudencia: un caso penal o es doloso o es imprudente. Lo que quiere decir: hay relevancia jurídico-penal a partir de una determinada

46. Dicho de otro modo: “el dolo no se forma en la cabeza del autor, sino en la cabeza del juez”, pues el dolo “no constituye un *faktum* psicológico, sino un juicio de valor judicial” (ROXIN, Prólogo a PÉREZ BARBERÁ, Dolo [2011], p. 33).

47. Acerca del concepto de disposición y de los llamados conceptos disposicionales cf., entre otros, HASSEMER, ADPCP 1990, pp. 924 y ss.; EL MISMO, Einführung² (1990), pp. 183 y ss.; MYLONOPOULOS, Dispositionsbegriffe (1998), pp. 77 y ss.; KLEB-BRAUN, JA 1986, pp. 312 y ss.

48. Ésta es seguramente la razón por la cual Schmidhäuser prefiere el término “dolosidad” (“*Vorsätzlichkeit*”) en lugar de “dolo” (“*Vorsatz*”): cf., DEL MISMO, Vorsatzbegriff (1968), pp. 8 y ss.

gravedad en el apartamiento de una regla, y la atribución de responsabilidad será más o menos intensa en función de la intensidad de ese apartamiento.

Para que se comprenda mejor la idea de dolo como propiedad definitoria de un caso, vale el siguiente ejemplo: el caso genérico de la corrupción dolosa de menores está caracterizado por propiedades empíricas (la existencia de una determinada acción), por propiedades técnico-jurídicas (la minoridad de la víctima) y por propiedades valorativas, normativas o evaluativas (el carácter sexual de la acción, su carácter de corrupta y –también– el carácter doloso de la acción). Decir de un hecho que es doloso equivale a decir de un hecho que es grave, y es obvio que la gravedad de un hecho no es algo que encontraremos en el mundo empírico, sino en una determinada afirmación. Más específicamente: en un juicio de valor. El dolo es, básicamente, un juicio de valor.⁴⁹ Cuando hablamos de “lesiones graves” lo que encontramos en el mundo es, por ejemplo, una deformación permanente de un rostro, no una “gravedad”.

Ahora bien, dado que, para que sea posible la subsunción, es necesario que el caso individual sea una instancia particular del caso genérico, es cierto que, en el hecho ocurrido en el mundo real, se tiene que presentar la propiedad “dolosa” o la propiedad “imprudente”, del mismo modo en que, en un caso de lesiones corporales graves, se tiene que presentar la propiedad “lesión”, la propiedad “grave”, etc. La pregunta entonces es: si éstas son propiedades normativas y no son por lo tanto constatables empíricamente del mismo modo en que se puede constatar la existencia de una lesión o de una muerte, ¿cómo podemos afirmar que una determinada propiedad normativa forma parte de ese caso individual? La respuesta es la siguiente: es necesario, como afirma Caracciolo,⁵⁰ que las propiedades valorativas que caracterizan a un caso sean traducibles o reducibles a propiedades o características empíricas, pues de lo contrario no se dará el requisito esencial de la subsunción, que es la aplicación de una norma a un *hecho*. ¿Y cómo se procede para llevar a cabo esa reducción de lo valorativo a lo empírico? La respuesta es: a través de las llamadas reglas de correspondencia.⁵¹ Veamos

49. Cf. PÉREZ BARBERÁ, Dolo (2011), pp. 663 y ss.

50. Cf. CARACCILO, LH-De la Rúa (2011), pp. 778 y ss.

51. Cf. al respecto, detalladamente, PÉREZ BARBERÁ, Dolo (2011), pp. 76, 724 y ss., con más referencias bibliográficas; CARACCILO, LH-De la Rúa (2011), p. 779.

de qué se trata esto. Los términos valorativos, en derecho, son análogos a los términos teóricos o inobservables en las ciencias empíricas. Las reglas de correspondencia son las que permiten relacionar los términos inobservables (entre los que cabe contar a los términos valorativos) con términos observables. Por eso se las denomina también “reglas puente”, en tanto conectan la teoría con su base empírica, la cual es seleccionada a su vez por la propia teoría. No es posible extenderse aquí con una explicación detallada de la estructura de las reglas de correspondencia.⁵² Basta decir, con un ejemplo muy simple, que ellas son las que hacen posible que un destello luminoso (término empírico) sea un electrón (término teórico).⁵³ Pero un electrón no “es” ese destello luminoso, sino que ese destello luminoso es interpretado *como electrón* por la teoría, a través de la pertinente regla puente o de correspondencia. Y es a partir de la propia teoría, ciertamente, que se selecciona al destello luminoso, y no a otro hecho, como relevante para su base empírica. Ello es así porque toda hipótesis teórica tiene implícita una hipótesis normativa de relevancia, que es la que determina qué datos empíricos son los que *deben* ser seleccionados.⁵⁴ Para lo que aquí interesa, puede decirse que si en un caso se constatan una serie de hechos a partir de los cuales puede decirse que existe una posibilidad objetivamente privilegiada de prever la realización del tipo,⁵⁵ entonces ese caso podrá ser interpretado como doloso. Es decir: esos hechos serán los que permitan emitir una determinada valoración de ellos, que es aquello en lo que el dolo consiste como concepto-objeto. El dolo como meta-concepto es, por su parte, la teoría que se elabora para explicar el concepto-objeto y para establecer cuáles son los hechos o datos fácticos que deben contar como relevantes para un caso doloso.⁵⁶ Tales hechos serán los que per-

52. Véase PÉREZ BARBERÁ, *ibid.* En cuanto a la bibliografía específica de filosofía de la ciencia cf., entre muchos otros, HEMPEL, *Filosofía* (2001), pp. 110 y ss.; Díez/MOULINES, *Fundamentos* (1999), pp. 289 y ss.; KLIMOVSKY, *Desventuras* (1997), pp. 40 y s.

53. El ejemplo es de KLIMOVSKY/HIDALGO, *Inexplicable* (1998), p. 125.

54. Cf. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción* (1993), pp. 33, 145 y s., 156 y s. La hipótesis de relevancia es siempre una hipótesis de segundo orden, pues se refiere a la hipótesis teórica.

55. Véase al respecto *infra*, apartado IV.

56. Enseguida se regresa sobre estas distinciones, con la pertinente referencia bibliográfica (véase *infra*, nota a pie N° 60)

mitirán emitir una determinada valoración acerca del caso en el que aparecen como relevantes, y esa valoración es precisamente aquello en lo que el dolo consiste. Son esos hechos (psíquicos, físicos e institucionales)⁵⁷ los que deben ser probados para que pueda decirse que el caso es doloso. Pero el dolo no es ninguno de esos hechos y él, por tanto, no es lo que debe ser probado en el proceso. Para decirlo nuevamente con el ejemplo de la lesión corporal: cuando decimos que ella es grave, lo que constatamos empíricamente no es su gravedad, sino un hecho (como por ejemplo la deformación permanente de un rostro) que es interpretado o valorado como grave por un estándar determinado. Pues bien: dolo e imprudencia no son hechos, sino esos estándares a partir de los cuales un hecho se valora como más o menos grave. Y vale aclarar que el hecho de que sea necesario que una propiedad normativa de un caso individual pueda ser traducida a palabras con contenido empírico para ser subsuible en un caso genérico no torna empírica a esa propiedad. Una cosa es la propiedad valorativa y otra los datos fácticos que permiten emitirla.

Como consecuencia de lo que se acaba de indicar, el dolo *no puede ser un hecho* (ni psíquico, ni físico, ni institucional), tal como lo describe la doctrina dominante, ni tampoco puede ser un “juicio adscriptivo”, en el sentido de Hruschka.⁵⁸ Pues “dolo” no es un estado mental que se atribuye a una persona, como sí lo son el conocimiento, la intención, etc.⁵⁹ Ninguno de esos estados mentales es el dolo. La presencia o la ausencia de conocimiento, de voluntad o de cualquier otro dato empírico, psíquico o físico, no dice nada, *per se*, acerca de la presencia o ausencia de dolo. Obviamente, tanto el cono-

57. “Institucional” en el sentido de SEARLE, *Actos* (1994), pp. 58 y ss.

58. Cf. HRUSCHKA, *FS-Kleinknecht* (1985), p. 201.

59. Acertadamente al respecto BUNG, *Wissen* (2009), pp. 165 y ss, en la medida en que sostiene que un estado mental debe serle atribuido al agente. Se equivoca, empero, cuando entiende que ese estado mental es el dolo mismo (*ibid.*, pp. 166 y s.). Pero con esta metodología no “traiciona” Bung su punto de partida psicologista orientado en función de la idea de voluntad, pues atribuir un estado mental constituye una operación fáctica y se basa, en consecuencia, en leyes empíricas, no jurídicas (cf. al respecto PÉREZ BARBERÁ, *Dolo* [2011], pp. 730 y ss.). No es correcto, por lo tanto, sostener que, con ese proceder, Bung “normativiza por completo el concepto de voluntad” (así GRECO, *ZIS* 13 [2009], p. 820). Ya se ha sostenido más arriba que “normativizar” conceptos empíricos constituye un error categorial y que el punto de vista de Bung no puede ser considerado como normativo (véase *supra*, nota a pie Nº 30).

cimiento como la voluntad son necesarios para orientarse en el mundo.⁶⁰ Se trata de datos que, por así decirlo, pertenecen al mundo. El dolo, en cambio, no forma parte del mundo, sino del derecho. Y es el dolo, como categoría jurídica, la que desde el derecho establece cómo corresponde que sea valorada jurídicamente una determinada orientación fáctica. Puede decirse, por ejemplo, que “querer” incluye no sólo a las consecuencias principales sino también a las consecuencias accesorias de la conducta, esto es, que incluye al complejo total del suceso.⁶¹ Pero no se necesita al derecho para afirmar eso,⁶² pues se trata de un enunciado puramente fáctico. Lo que tiene que establecerse desde el derecho es si querer una determinada consecuencia, principal o accesoria, es relevante, o no, para considerar a un caso como doloso. Y allí entra en acción el concepto de dolo: *él* establece esa relevancia.

Por supuesto, desde el derecho se establece también qué es “dolo”. El concepto de dolo está conformado *por* lenguaje y *en* el lenguaje. Y es también con lenguaje y desde el lenguaje que se lo describe o reconstruye. De allí que en esta tarea de reconstrucción conceptual no pueden estar ausentes categorías propiamente lingüísticas (y por eso se estructura este trabajo a partir de una aproximación sintáctica, semántica y pragmática), y que, así como cabe distinguir entre lenguaje-objeto y metalenguaje, sea necesario distinguir entre un concepto-objeto y un metaconcepto de dolo. Con lenguaje nos referimos al dolo y lo empleamos como concepto (y ese es el concepto-objeto de dolo), y con lenguaje elaboramos una teoría para explicar ese concepto-objeto (y esa teoría es el metaconcepto de dolo).⁶³

IV. Aproximación semántico-pragmática al concepto de dolo

Gracias a la aproximación sintáctica puede saberse ya cómo funciona el dolo. Ha quedado claro que el dolo no es un dato fáctico (un hecho o una propiedad empírica) sino una propiedad normativa, y que si un caso es

60. Así JAKOBS, RW - Heft 3 2010, pp. 285 y s.

61. Así ya v. HIPPEL, *Grenze* (1903), pp. 83 y s., 108; lo mismo, y con prácticamente la misma terminología, sostiene últimamente JAKOBS, RW - Heft 3 2010, pp. 288 y ss., quien sin embargo no cita a v. Hippel.

62. De otra opinión JAKOBS, *ibid.*, p. 290, nota a pie 18.

63. Cf. PÉREZ BARBERÁ, *Dolo* (2011), pp. 637 y ss., 678 y ss.

doloso es porque se lo ha valorado de una determinada manera, no porque en él aparezcan determinadas informaciones fácticas (psíquicas o físicas) a las que *necesariamente* se las deba identificar con el dolo. Pero ¿qué es ser “doloso”? ¿Cómo debe ser interpretada esta propiedad? Con estas preguntas se ingresa a la dimensión semántico-pragmática del concepto de dolo. Para obtener un concepto de dolo en este marco, se adhiere aquí expresamente al método teleológico, conforme al cual no corresponde inferir nada a partir de premisas ónticas. Mi punto de partida está conformado por premisas prácticas, fundamentalmente finalidades y razones (normativas): fin del derecho penal, *ratio legis* del mayor castigo del hecho doloso.⁶⁴ Sólo una vez que ese punto de partida quede clarificado podrá brindarse el pertinente concepto-objeto de dolo, que será producto de esta aproximación semántica.

En este sentido, dos son los axiomas de los que parte mi concepción. El primero establece cuál es el fin del derecho penal, y reza lo siguiente:

Fin del derecho penal es la estabilización de expectativas normativas configuradas a partir de reglas comunicadas por los tipos penales, que resultan defraudadas por conductas que, por su parte, comunican un apartamiento de aquellas reglas de modo suficientemente intenso como para tornar necesario el inicio de un proceso de discusión, tendiente a obtener consenso respecto a si es necesario aplicar pena para garantizar aquella estabilización, esto es, para mantener contrafácticamente las expectativas defraudadas.⁶⁵

64. Fundamental al respecto Roxin, *Kriminalpolitik*² (1973); *Schmidhäuser*, *Vorsatzbegriff* (1968), pp. 15 y ss.; *Frisch*, *Vorsatz* (1983), pp. 34 y ss.; *Jakobs*, *AT*² (1991), ya desde el prólogo a esta edición.

65. El axioma en cuestión se apoya en los desarrollos teórico-sociales más actuales e interesantes, como son los de Luhmann y Habermas: cf. LUHMANN, *Rechtssoziologie* (1972), pp. 40 y ss.; EL MISMO, *Recht* (1993), pp. 138 y s.; HABERMAS, *Teoría II*⁴ (1999), pp. 30 y s.: “las reglas rigen contrafácticamente”. Sin perjuicio, por cierto, de las importantes diferencias teóricas entre ambos autores. Fuera de ello, es un error pretender emplear teorías como la de sistemas sociales de Luhmann o de la acción comunicativa de Habermas para elaborar, en todos sus detalles, la semántica propia de los conceptos jurídicos. En tal caso se les pediría a aquellas teorías más de lo que ellas pueden ofrecer, pues ellas son macro-teorías, y por tanto no pueden brindar, para la semántica propia del derecho, más que un punto de partida muy general. El detalle de esa semántica debe ser elaborado, por tanto, a partir de premisas más específicas, derivadas no del código operacional (*Kodierung*)

Y el segundo establece cuál es la *ratio legis* del mayor castigo de cierta clase de hechos con relación a otra clase de hechos, y reza lo siguiente:

La orientación en el mundo sólo es óptima si está fundada en representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas. Representaciones epistémicamente irracionales determinan orientaciones cognitivas defectuosas, al igual que representaciones epistémicamente racionales pero ontológicamente desacertadas. Por su parte, la falta de conocimiento o de representación, si es racional, determinará también orientaciones defectuosas, y si es irracional, orientaciones arbitrarias. Si se trata del apartamiento de una regla, el que se funda en una orientación óptima tiene la misma intensidad comunicativa en contra de aquella que el que se funda en una orientación arbitraria, intensidad que es siempre mayor a la del apartamiento que se funda en una orientación defectuosa. Cuanto mayor es la intensidad comunicativa de un hecho en contra de una regla jurídico-penal, mayor debe ser también su sanción, para que sea posible el cumplimiento de la finalidad establecida en el primer axioma.

Por tratarse de axiomas, no corresponde que sean sometidos a prueba en este lugar.⁶⁶ Y cabe a su vez dejar sentado que, por el momento, para no desviarse de la argumentación (y también por cuestiones de espacio), en cuanto al significado que se le da aquí a los términos “racional”, “irracional”, etc. es necesario contentarse con una aproximación intuitiva, que identifica a lo racional con aquello que se corresponde con determinadas bases epistémicas, o con modos de actuar normales o cotidianos de la generalidad o de quienes se desempeñan en una actividad concreta dentro de una sociedad

general que caracteriza al derecho, sino del programa específico del ámbito jurídico de que se trate (así MILLALEO, Salvador, *Teoría social de sistemas y derecho penal de las empresas*, conferencia dictada el 09/02/2012 en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Friburgo, Alemania, aún no publicada; la cita me fue autorizada por escrito por su autor). Fundamental al respecto también JAKOBS, AT² (1991), 1-4 y ss.

66. De todas formas, una fundamentación extensa de por qué se llega a estos axiomas ofrezco en PÉREZ-BARBERÁ, Dolo (2011), pp. 85 y ss.

determinada,⁶⁷ como enseguida se explicará. Y es necesario también, para evitar posibles malentendidos, establecer –estipulativamente– que, en el marco de este trabajo, por “representación” se entiende la activación psíquica de un conocimiento o de una creencia, operada en el presente exacto de una situación y que, por tanto, no puede tener duración.⁶⁸ “Conocimiento”, por su parte, es saber verificado racionalmente, i.e., a partir de marcos epistémicos compartidos por todos en el universo de casos de que se trate y propios de ese universo, o compartibles mediante contrastaciones objetivas intersubjetivamente accesibles. Y “creencia”, finalmente, es la convicción no verificada –racional o irracional, según el caso– acerca de la existencia de estados de cosas. Por lo tanto, hay ausencia de conocimiento cuando algo no se sabe, y ausencia de representación cuando la activación de lo que se sabe no se produce.

Pues bien, de aquellos dos axiomas, asumidos acumulativamente –y en conjunción con las estipulaciones efectuadas–, se obtienen las siguientes proposiciones:

1. Las conductas que se ponen en práctica a partir de una situación óptima para orientarse en el mundo (esto es, las que tienen por base representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas), si se apartan de una regla jurídico-penal lo hacen con elevado efecto comunicativo contrario a ella, pues comunican una toma de postura que, atento la existencia de una correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo, debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como intencionalmente contraria a la de la regla. Ello es así porque esa clase de correlación epistémico-ontológica hace que, *ex ante*, el apartamiento del autor importe

67. Una explicación detallada de lo que cabe entender por racionalidad en este contexto expongo en PÉREZ-BARBERÁ, Dolo (2011), pp. 756 y ss., donde se aborda y desarrolla la idea de “racionalidad comunicativa”, que no es otra cosa que un concepto epistémico de racionalidad (fundamental al respecto HABERMAS, Facticidad [1998], pp. 65 y ss.: “el lugar de la razón práctica pasa a ocuparlo la razón comunicativa”; EL MISMO, Wahrheit [1999], Einführung, Abs. IV). Cf. también Bacigalupo, Derecho (2006), pp. 32 y ss., 67. Brevemente: el concepto de racionalidad es un concepto normativo con ayuda del cual se establece si una determinada opinión está epistémicamente justificada (así, entre otros, Becker, Rationalität [1995], pp. 189 y ss.).

68. Sobre esto cf. LUHMANN, Systeme (1984), p. 356.

comunicar otra regla, opuesta a la violada, e importe asimismo comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla; y además porque, en tales casos, el autor no tiene margen objetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible⁶⁹ que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Por este motivo merecen estas conductas un castigo mayor, es decir, el doloso (es lo que corresponde con los casos claros⁷⁰ de lo que se conoce como dolo directo de primer grado o con los casos claros de lo que se conoce como dolo eventual: A mata a B de un disparo en la cabeza, siendo consciente de las regularidades empíricas obvias⁷¹ que se dan en el caso; A, mientras huye, dispara a B que lo persigue, sólo para cubrir su huída y no para matarlo, pero lo mata, habiéndose representado la posibilidad de ese resultado).

2. En cuanto a las conductas que se ponen en práctica a partir de una situación no óptima para orientarse en el mundo, cuando se trata del apartamiento de una regla es necesario distinguir en tres subgrupos: *a)* Apartamientos que tienen por base o bien una ausencia de representación epistémicamente racional, o bien una representación epistémicamente racional pero ontológicamente defectuosa. *b)* Apartamientos que tienen por base una representación epistémicamente irracional (aun cuando por azar sea, *ex post*, ontológicamente acertada). *c)* Apartamientos que tienen por base una ausencia de representación epistémicamente irracional.

Tanto en *a)* como en *b)* se comunica una toma de postura que debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como *no* intensamente contraria a la de la regla, pues se funda en orientaciones cognitivamente defectuosas.

En *a)* [ausencias de representación epistémicamente racionales, representaciones epistémicamente racionales pero ontológicamente defectuosas] ello es así porque la racionalidad epistémica de la ausencia de representa-

69. Acerca del concepto de “atendibilidad objetiva” en este contexto cf. PÉREZ BARBERÁ, Dolo (2011), pp. 766 y ss.

70. Es decir, casos de sencilla o indiscutible subsunción.

71. Con esto se hace referencia a aquello que, en epistemología, se designa como “regularidad nómica”: si no ocurre, queda falsada automáticamente alguna ley natural (cf. al respecto DIEZ/MOULINES, Fundamentos [1999], pp. 128 y ss.).

ción o de la representación ontológicamente defectuosa hace que, *ex ante*, el apartamiento del autor importe ciertamente comunicar otra regla, opuesta a la violada, pero sin que ello implique, a la vez, comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla; en tales casos, por tanto, el autor sí tiene margen objetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Por este motivo merecen estas conductas, a lo sumo, un castigo menor, es decir, el imprudente (es lo que corresponde con los casos claros de imprudencia, “consciente” o “inconsciente”).

En b) [creencias epistémicamente irracionales, aun cuando sean ontológicamente acertadas desde una perspectiva *ex post*] la intensidad comunicativa contraria a la regla es igualmente menor, porque ni siquiera el acierto ontológico compensa el desacierto epistémico, esto es: conductas fundadas en creencias obtenidas irracionalmente tienen una repercusión comunicativa devaluada, tanto cuando con ellas no se acierta ontológicamente (que será lo habitual) como cuando sí se acierta. En tales casos es cierto que el autor, subjetivamente, comunicará *ex ante* una regla contraria a la violada e incluso una pretensión de validez respecto de su propia regla, y es cierto también que no tendrá margen *subjetivo* para, *ex post*, alegar de modo atendible que, pese a su conducta, está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Pero, *objetivamente*, dicha comunicación no puede ser tomada en serio como un apartamiento intenso de la regla, atento la falta de correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo. Por este motivo, también estas conductas merecen, a lo sumo, un castigo menor, es decir, el imprudente. Ejemplo de una representación epistémicamente irracional pero acertada *ex post*: A quiere contagiar el virus del SIDA a la mujer B y para ello mantiene con ella una sola vez relaciones sexuales no violentas por vía vaginal, en la creencia irracional que de ese modo la probabilidad de contagio es muy alta. Pero dicha probabilidad, como es sabido, no supera el 1 %. B, sin embargo, se contagia de SIDA. De ese modo, A ha alcanzado por casualidad un resultado que se había representado irracionalmente, por lo que dicho resultado (en este caso: lesiones corporales) puede ser imputado a lo sumo como imprudente. Ejemplos de una representación irracional y desacertada *ex post* son los casos de tentativas irreales y supersticiosas que no obstante generan un riesgo no permitido, como el caso del siguiente ejemplo: A cree que moviendo unas extrañas fichas en un tablero puede lograr que cualquier persona haga lo que él quiera, y decide estafar a B. Lo

engaña, pero, de acuerdo con el plan de A, para que la estafa se consume es necesario que B entregue una suma de dinero a C, un amigo de A que nada sabe del asunto. A mueve entonces las fichas del tablero para que C vaya a casa de B a retirar ese dinero, lo cual, obviamente, nunca ocurre. Por ser irracional la representación del autor, grava a éste sólo atenuadamente, y su conducta puede ser imputada sólo como imprudente (por tratarse de una tentativa, el hecho de que sea imprudente conduce, por derecho positivo, a su impunidad).

Finalmente, en c) [desconocimientos o ausencias de representación epistémicamente irracionales], se dan circunstancias que deben ser valoradas del mismo modo que las de los casos de apartamiento de una regla en los que media una representación epistémicamente racional y ontológicamente acertada. En estos casos, la conducta tiene lugar a partir de una orientación *arbitraria*, y comunica por tanto una toma de postura que, desde un punto de vista objetivo, es intensamente contraria a la de la regla y, por tanto, hostil hacia dicha regla. Ello es así porque “arbitrariedad”, en este contexto, significa un desafío objetivo a regularidades empíricas obvias o a normas de conducta elementales propias de ese ámbito específico de actuación. Se trata de ausencias de representación tan crasas que, en la medida en que el sujeto no sea un inimputable, sólo pueden ser interpretadas como consecuencias de una toma de postura completamente egoísta (*ceguera ante los hechos*).⁷²

72. Todo caso de ceguera ante los hechos es, por lo tanto, consecuencia invariable de una falta de interés del autor por los bienes de los otros (así por ejemplo JAKOBS, Estudios [1997], texto 3 [1989], p. 138); de ello, sin embargo, el autor usualmente no será consciente, por lo que sus motivaciones inmediatas pueden ser otras, como, por ejemplo, la convicción (objetivamente equivocada) de tener razón respecto a la corrección normativa de una acción propia (esta actitud, de hecho, es muy común en el tránsito vial en Argentina); o el no querer saber la verdad para contar luego con una excusa en caso de incriminación (supuestos de auténtica “ignorancia deliberada”: cf. al respecto RAGUÉS I VALLÈS, Ignorancia [2007], pp. 111, 156 y ss.); o el no querer saber la verdad pese a ser muy sencilla su averiguación porque se intuye que ese conocimiento traerá consigo un efecto desagradable (supuestos de “autoengaño”: cf. al respecto PÉREZ BARBERÁ, Sorpresas [2005], pp. 104 y ss., con más referencias bibliográficas), etc. Así, es verdad que en estos casos hay siempre “indiferencia hacia el interés lesionado” (RAGUÉS I VALLÈS, Ignorancia [2007], p. 193), pero como ello es algo que caracteriza no sólo al dolo sino también a por lo menos algunos supuestos de imprudencia, su relevancia para el dolo dependerá de su grado. Tampoco debe confundirse un genuino caso de ceguera ante los hechos con un

De allí que, también aquí, desde un punto de vista *ex ante* el apartamiento del autor importa comunicar otra regla, opuesta a la violada, e importa asimismo comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla; y tampoco en este supuesto el autor tiene margen objetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Por este motivo merecen estas conductas el castigo mayor, esto es, el que corresponde a los delitos dolosos.⁷³ Como ejemplo de estos supuestos vale el caso de la correa de cuero (ya descripto) y también el siguiente, proveniente de la jurisprudencia de nuestro país: A se retira de una discoteca fuertemente alcoholizado, pero no en estado de inimputabilidad. Junto con otros seis jóvenes se suben al automóvil de A, un pequeño Ford K. A no permite que ninguno de los otros jóvenes conduzca el vehículo, pese a que sabe que ha bebido mucho alcohol y a que sabe también que es un pésimo conductor (había obtenido el carnet de conducir de manera ilegal). Una vez en la autopista, acelera el automóvil a más de 160 km/h y esquiva a los demás vehículos en zig-zag, hasta que embiste a uno de ellos desde atrás, sin haberse representado nunca la posibilidad de ese resultado. Algunos de sus acompañantes mueren a causa del siniestro.⁷⁴

supuesto en el que, simplemente, las pruebas de la causa demuestran que el autor miente cuando afirma que no se representó una determinada circunstancia: allí se concluirá, en definitiva, que el autor sí se representó lo que él niega (ejemplos: el autor niega haberse representado la edad de la víctima, cuando esa edad era obvia conforme a su estructura física; el autor niega haber sabido que lo que transportaba era droga, cuando del contexto de la causa surge que tal conocimiento era obvio, etc.: cf. al respecto RAGUÉS I VALLÈS, Ignorancia (2007), pp. 30 y ss., 44 y ss., 48 y s., con ejemplos de la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo español del año 2000 en adelante, que acude a la figura angloamericana de la *willful blindness*.

73. Un número creciente de autores coincide en que, en casos como estos, el autor no puede ser honrado con un castigo menor: así SCHÜNEMANN, JA 1975, p. 788; PUPPE, ZStW 103 (1991), p. 12; LK-StGB¹¹-SCHROEDER (1994), § 16, nm. 89; LESCH, JA 1997, pp. 802 y s.; similar pero más cauto RAGUÉS I VALLÈS, Ignorancia (2007), pp. 182 y ss. Y proponen incluso su castigo a título de dolo: así; RINCK, Deliktsaufbau (2000), pp. 381 y ss.; JAKOBS, ZStW 114 (2002), pp. 584 y ss.; EL MISMO, FS-Rudolphi (2004), p. 108; EL MISMO, RW - Heft 3 2010, p. 307; PÉREZ BARBERÁ, Sorpresas (2005), pp. 104 y ss. Roxin, por su parte, acepta que la cuestión es discutible, pero que depende de una decisión del legislador (AT I⁴ [2006], § 12, nm. 34).

74. La Cámara de Acusación de Córdoba (Argentina) confirmó en este caso la apertura

Fácilmente puede advertirse que la solución de los supuestos de hecho aludidos en 1 y 2.a) coincide con la que propondría la doctrina tradicional: son casos claros de dolo (“directo de primer grado” y “eventual”) e imprudencia. Son, en cambio, las soluciones de los supuestos de hecho descritos en 2.b) (casos de consumación objetivamente inesperada y de tentativas irreales o supersticiosas) y 2.c) (casos de ceguera ante los hechos) las que difieren de aquellas a las que arribarían casi todas las teorías ensayadas hasta ahora respecto del concepto de dolo.

En los casos de consumación objetivamente inesperada el autor se representa irracionalmente el riesgo que finalmente se realiza. Para una concepción dogmática que caracterice al dolo y a la imprudencia según cuál sea el estado mental presente en cada caso, y que no le interese si –cualquiera sea el estado mental– el autor *comunica* algo que importe un apartamiento de la regla de que se trate ni la intensidad de ese efecto comunicativo, obviamente que la cuestión relativa a la racionalidad del modo en que el autor obtuvo su representación le resultará indiferente y considerará sin dudar que este es un caso de dolo. Pero para la concepción que aquí se defiende, el dato de que se comunique algo relevante y la intensidad de esa relevancia comunicativa contraria a la regla es fundamental, y por lo tanto la pregunta acerca de la racionalidad epistémica del estado mental pertinente deviene indispensable. Si, como sucede en este caso, se está ante una creencia epistémicamente irracional, entonces la imputación a título de dolo queda excluida, pues ésta, por imponer una pena mayor, requiere una intensidad también mayor en el apartamiento de la regla, intensidad que no se alcanza con una génesis irracional de esa clase de estado mental.

Los casos de tentativa (inidónea) irreal y supersticiosa,⁷⁵ en tanto superen el umbral del riesgo no permitido, son considerados como dolosos por la mayoría de la doctrina, que no obstante postula su impunidad con base en argumentos poco coherentes con cualquier fundamentación de la

de juicio oral con una acusación por dolo eventual (auto N° 661 del 09/11/2009, causa “Castro”). Luego, el tribunal de juicio condenó por imprudencia (Cámara 7ª del Crimen, Sala Unipersonal a cargo del vocal Carlos Ruiz, sentencia del 20/05/2011). Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación tanto el ministerio público como la querrela, pero el tribunal de casación, a la fecha de la presente publicación, aún no se ha expedido.

75. Sobre la distinción entre tentativa irreal y tentativa supersticiosa cf., por todos, SANCINETTI, Teoría (1991), pp. 487 y ss.

punibilidad de la tentativa.⁷⁶ En este trabajo, en cambio, todos los casos de tentativas (inidóneas) irreales (y también los de tentativas supersticiosas) se consideran supuestos de imprudencia, y se arriba a la conclusión de su impunidad de un modo mucho más sencillo y convincente: a través de la aplicación de la regla de derecho positivo conforme a la cual toda tentativa imprudente es impune. Pues un hecho tal, debido a la irracionalidad epistémica de la representación, no tiene fuerza comunicativa suficiente contra la regla como para hacerlo merecedor de la pena más grave.

Los casos de “ceguera ante los hechos”, finalmente, constituyen un problema del cual la literatura se ocupa desde hace tiempo.⁷⁷ También aquí, para una concepción que agote la problemática conceptual del dolo y de la imprudencia en la contraposición de estados mentales (en este caso: conocimiento/desconocimiento), resultan indiferentes cuestiones relativas a la intensidad comunicativa de la conducta que se aparta de la regla. En consecuencia, desde tal punto de vista no se dudaría en afirmar que tales supuestos pueden ser imputados a lo sumo como imprudentes.⁷⁸ Pero para la concepción que aquí se defiende, ese dato de la intensidad comunicativa es fundamental, y por lo tanto también aquí deviene imprescindible la pregunta relativa a la racionalidad de la falta de representación del autor. Si, como sucede en este caso, esa falta de representación es epistémicamente irracional, y manifiesta por lo tanto una orientación arbitraria en el mundo (i.e., objetivamente desafiante u hostil hacia la regla), atento su elevada intensidad comunicativa cabe considerar que tal conducta es reprochable a título de dolo,⁷⁹ independientemente de que pueda predicarse la posibilidad

76. Sobre las dificultades teóricas que ofrece tanto a las teorías objetivistas como a las subjetivistas la cuestión de la impunidad de la tentativa irreal resulta sumamente ilustrativo SANCINETTI, *Teoría* (1991), *ibid.* nota anterior.

77. Cf. ya MEZGER, FS-Kohlrausch (1944), pp. 180 y ss.; Studienbuch² (1948), pp. 139 y ss.; JAKOBS, AT² (1991), 8/5; NK-StGB-PUPPE (1995), § 15, nm. 99 y 118; LESCH, JA 1997, pp. 802 y s.; PUPPE, AT² (2011), § 21, nm. 25; GAEDE, ZStW 121 (2009), pp. 243 y ss.

78. Así, en la literatura más reciente, NK-StGB³-PUPPE (2010), § 15, nm. 70. Así también la doctrina dominante: cf., entre otros, STRATENWERTH, ZStW 71 (1959), p. 56; SCHROTH, JuS 1992, p. 7; SK-StGB⁷-RUDOLPHI (2002), § 16, nm. 43; JESCHECK/WEIGEND, PG⁵ (2002), pp. 314 y ss.

79. Similar, en los resultados, LK-StGB¹¹-SCHROEDER (1994), § 16, nm. 89; SCHÜNEMANN, JA 1975, p. 788; EL MISMO, JR 1989, p. 93; SACHER, Sonderwissen (2006), pp. 181 y ss.; sólo

de una *poena naturalis*. Pues, se acepte o no la tesis de que dicha posibilidad ha de conducir necesariamente a la conclusión (empírica) de que en el caso no hubo representación,⁸⁰ lo que aquí se pone en cuestión es la racionalidad (por arbitrariedad) de esa falta de representación.

Los casos de consumación objetivamente inesperada y los de ceguera ante los hechos son los que muestran del modo más impactante hasta qué punto la presencia o la ausencia de un determinado estado mental no es lo que decide que un caso sea doloso o imprudente. Y ello es así porque los datos fácticos relevantes (físicos y psíquicos) para un caso se seleccionan, como ya fuera explicado, a partir de consideraciones de merecimiento de pena, o mejor expresado: de la *ratio legis* del mayor castigo que merece el delito doloso en relación con el imprudente. Es precisamente a partir del concepto de dolo que un estado mental o la ausencia de él se selecciona como relevante, o se descarta como irrelevante, en función de su racionalidad. Ciertamente, bien podría decirse que es por razones normativas que el conocimiento efectivo del autor debe estar presente para que un caso pueda ser tenido por doloso. Ello, sin embargo, es negado aquí en virtud de las consideraciones de merecimiento de pena indicadas más arriba, que muestran que existen casos de ausencia de conocimiento que, no obstante, por su elevado efecto comunicativo contra la regla deben ser imputados como dolosos. Sobre esto se insistirá enseguida.

Se receipta, así, el ya aludido paradigma de la racionalidad comunicativa, defendido especialmente por Habermas,⁸¹ producto a su vez del denominado “giro pragmático”, operado en filosofía del lenguaje y de la mente especialmente a partir de Rorty.⁸² Conforme a esto, lo que interesa no

de *lege ferenda* también JAKOBS, AT² (1991), 8/5 y ss.; ahora también de *lege lata* en, DEL MISMO, ZStW 114 (2002), pp. 584 y ss.

80. Así JAKOBS, AT² (1991), 1/7a. Sin embargo, la amenaza de *poena naturalis* no puede ser tenida –como cree Jakobs: AT² (1991), 8/5– como la explicación del menor merecimiento de pena del delito imprudente, porque lo cierto es que esa amenaza no tiene por qué actuar *per se* de manera disuasoria para el autor que incluso conscientemente está dispuesto a dañarse a sí mismo con tal de dañar a otros, como lo ponen de manifiesto los casos de atentados terroristas llevados a cabo por suicidas: si el autor sobreviviera, sin dudas le sería imputable su acción a título de dolo.

81. Véase *supra*, nota a pie N^o 64.

82. Cf. RORTY, Espejo (1983).

es la racionalidad inmanente-individual al sujeto, sino el modo en que su obrar, como comunicación, se integra en (y afecta a) la comunicación con los otros.⁸³ Lo racional o irracional de un comportamiento, por lo tanto, ha de determinarse en función de parámetros epistémicos, no ontológicos. Porque el comportamiento es mirado como comunicación y, conforme a esta visión, lo que interesa para que una comunicación sea tomada en serio como tal no es que acierte ontológicamente, sino que sea epistémicamente consistente, dado que el acierto ontológico puede deberse al mero azar. Lo que importa, entonces, no es tanto la cuestión ontológica de la presencia o ausencia de un estado mental, sino la cuestión epistémica de la racionalidad de su génesis. Sólo los estados mentales obtenidos racionalmente cuentan, por lo tanto, como datos fácticos relevantes para la formulación de la hipótesis de probabilidad en la que implícitamente se funda el reproche doloso o el imprudente, como enseguida se verá.

“Racional”, en este contexto, es aquello que se adecua a los rasgos trascendentales de una forma de vida que hacen que ella sea posible y que sea *esa* forma de vida y no otra. Para decirlo nuevamente con Habermas (que en esto sigue a Mark Sacks), esos rasgos trascendentales no están situados más allá de la experiencia, sino que forman parte de las mismas formas de vida que constituyen y “fijan los correspondientes modos de experiencia posible”. Los “rasgos trascendentales de una forma de vida están siempre encarnados en tipos de conducta guiados por reglas, para los cuales los miembros de esa forma de vida no pueden imaginar alternativas con sentido”.⁸⁴ Conforme a esto, el derecho no tiene por qué discutir con el autor la presencia o ausencia de un estado mental: cabe concederle soberanía al autor en cuanto a ello. Pero sí puede descartar como irrelevante, por pragmáticamente imposible o inaceptable, una explicación del suceso proporcionada el autor que importe violar esas normas públicas de racionalidad, sin las cuales, como dice Putnam, no sería posible siquiera el lenguaje, ni tampoco el pensamiento.⁸⁵ Ésta

83. Cf. HABERMAS, Verdad (2002), pp. 20 y ss.

84. HABERMAS, Verdad (2002), p. 29.

85. Se trata, dice Putnam siguiendo a Wittgenstein, de “normas públicas” acerca de lo que cabe entender por ‘racional’: “...sin esas normas públicas, normas que son compartidas por un grupo y que constituyen una ‘forma de vida’, no sería posible el lenguaje, ni tampoco el pensamiento” (PUTNAM, Razón [1988], p. 112).

es la razón (completamente independiente de cualquier consideración probatoria) por la cual ningún juez aceptaría como atendible una explicación individual (proveniente de una persona imputable) en la que alguien sostenga, por ejemplo, que “no se representó la posibilidad de que podía matar a la víctima si le disparaba en la cabeza con un revólver”, o algo similar.

El acento en el aspecto comunicativo deja en claro que lo que interesa no es el juicio individual del autor respecto a lo que hace, sino el juicio objetivo del derecho (por eso es que tanto dolo como imprudencia constituyen juicios *objetivos* de reproche). Pues –y en esto coinciden desde Habermas⁸⁶ a Luhmann⁸⁷ la comunicación tiene su propia lógica una vez que es proferida y se desentiende por completo de las intenciones concretas del emisor. Esto es lo que permite descartar como irrelevantes –con independencia del punto de vista del autor– la presencia de intenciones epistémicamente irracionales en los casos de consumaciones objetivamente inesperadas o de tentativas irreales o supersticiosas, por un lado, y la ausencia irracional de un determinado conocimiento en los casos de ceguera ante los hechos, por el otro. El paso obvio que sigue a esto es considerar imprudentes a esas tentativas (y por tanto impunes), y dolosas a esas “cegueras” fácticas.

Una objeción a esta tesis podría consistir en que ella no justifica axiomáticamente una equiparación en el reproche al que actúa sabiendo lo que hace que al que actúa sin ese conocimiento.⁸⁸ Lo primero que, sin embargo, pasaría por alto esta crítica es que, dentro del marco del reproche imprudente, no interesa si el autor se representó o no la posibilidad del resultado de su acción: sea la imprudencia “consciente” o “inconsciente”, se responde en definitiva por imprudencia. No debería ser sorprendente, entonces, que en el marco del reproche doloso tampoco sea decisiva la cuestión de la presencia o ausencia de representación: si en el plano semántico la diferencia entre dolo e imprudencia es de grado (como aquí se postula),⁸⁹ no debería resultar llamativo que, en ese *continuum*, haya imprudencia *y dolo* con y

86. Cf. especialmente, *Vorstudien* (1984), pp. 571 y ss.

87. Cf., *Systeme* (1984), pp. 191 y ss.

88. En una recensión a mi libro *El dolo eventual...* (Hammurabi, Buenos Aires, 2011) ha sido esgrimida, de hecho, una crítica similar a esta en contra de mi tesis: cf. RAGUÉS I VALLÉS, *InDret* 3/2012, pp. 8 y s. (http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/).

89. Véase *infra*, previo a nota a pie N° 95.

sin representación. Pero, fuera de ello, debe tenerse en cuenta que “ceguera ante los hechos” es una metáfora que hace referencia a una clase específica de falta de representación, que, como ya se dijo, es la falta de representación *crasa*. Es verdad que ella implica infidelidad al derecho motivada por indiferencia frente a bienes de terceros. Pero no es correcto sostener –como lo hace Jakobs– que *eso* es lo que la convierte en dolosa. Quien por descuido olvida encendida la plancha sobre la camisa y con ello genera un incendio también es, en última instancia, infiel al derecho por indiferencia, pero responde por imprudencia (inconsciente). Lo que hace que esa ausencia de representación sea imputable a dolo es que a su autor se le pueda decir que no es posible aceptar que él acuerda con la corrección de la conducta conforme a derecho, y ello sólo es factible en aquellos casos en los que el peligro creado es de tal magnitud que sólo un inimputable o un completo egoísta puede no verlo (por eso es “ciego”). Pues bien, no hay diferencia axiológica entre este último sujeto y aquel que, por egoísta, pese a haberse representado la posibilidad del resultado dañoso, no obstante actúa menospreciando esa posibilidad, que es como explican el dolo eventual las clásicas teorías de la representación y de la voluntad. Esto, por supuesto, es así en la medida en que se acepte el paradigma comunicativo como punto de partida, y es precisamente ese aspecto comunicativo lo que justifica también que, del lado de las intenciones o representaciones irracionales, se opte por la punición imprudente (y no por la dolosa) aunque el autor sepa y quiera lo que hace: ello no produce que su hecho importe una comunicación intensa contra la regla, precisamente porque, pese a ello, la génesis de esos estados mentales es irracional, y esto es lo que verdaderamente importa en este marco teórico.

Que haya dolo o imprudencia no depende, por tanto, de que haya o no representación, sino del motivo de la presencia o de la ausencia de representación. En casos de falta de representación, el campo de aplicación de la imprudencia es, de todas formas, mucho más vasto que el del dolo, porque frente a puestas en peligro *crasas* (i.e., de enorme entidad) lo habitual es que el autor “vea” el peligro y se abstenga de actuar, mientras que no sucede lo mismo frente a puestas en peligro de menor entidad que, precisamente por esa menor entidad, son imputables a lo sumo como imprudentes. Los resultados prácticos diferentes a los que conduce mi tesis, en comparación con los de las doctrinas tradicionales, son muy marginales, ciertamente los necesarios como para que la teoría tenga validez conceptual, pero no los suficientes como para que ella preocupe, o ilusione, a la praxis. Si bien es claro

que propongo una reducción del ámbito habitual del dolo para los casos de tentativas irreales y supersticiosas, y también para los supuestos de lo que denomino “consumación objetivamente inesperada”, no es menos cierto que propongo también una ampliación del ámbito del dolo para los casos de ceguera ante los hechos. Pues bien, respecto a esto último, estoy seguro de que dicha ampliación no es funcional a la selectividad del derecho penal, que es, a mi juicio, el más grave problema político que él genera. Pues los autores que se orientan a partir de configuraciones arbitrarias del mundo no son quienes habitualmente son captados por el sistema penal, sino más bien sujetos que fundan su prepotencia contra las normas penales en su conciencia de su baja vulnerabilidad frente a ellas. Y aun suponiéndose que el caso de la correa de cuero, que es un caso de criminalidad común, fuera un supuesto de ceguera ante los hechos (como yo lo creo), cabe considerar que si después de sesenta años se continúa acudiendo a ese caso, es porque no hay muchos de ellos en la criminalidad que habitualmente llega a sentencia.

De estas proposiciones resulta, en primer lugar, que el efecto comunicativo de un apartamiento de la regla jurídico-penal es más intenso cuanto más previsible, objetivamente, es la posibilidad de ese apartamiento, pues el grado de dicha previsibilidad se determina en función de cuán óptima es la orientación del autor en el mundo, siempre desde un punto de vista objetivo que toma en cuenta la racionalidad epistémica del estado mental de que se trate. En tal sentido, debe tenerse especialmente en cuenta que el mayor efecto comunicativo de una conducta no depende directamente de la racionalidad o irracionalidad epistémica del estado mental, sino de *qué estado mental haya sido obtenido racional o irracionalmente*.⁹⁰ Y, en segundo lugar, lo que resulta de aquellas proposiciones es que no es la presencia de meros estados mentales –esto es: meros datos empíricos de índole psíquica (conocimiento, desconocimiento, etc.)– lo que decide sobre la intensidad del apartamiento de una regla. Antes bien es la relación entre el estado mental de que se trate con su racionalidad epistémica lo que define la cuestión. La racionalidad del modo en que ha sido adquirido –o no– un determinado estado mental (esto es: la racionalidad de su génesis o su racionalidad epis-

90. Como se ha visto, es diferente la intensidad en el apartamiento de la regla según que lo irracional sea una representación (corresponde imputación imprudente) o una falta de representación (corresponde imputación dolosa).

témica) constituye, pues, la *ratio legis* en la que se funda el mayor castigo de ciertas conductas frente a otras.

Queda claro entonces que la intensidad comunicativa de la conducta que se aparta de una regla jurídico-penal es tanto más alta cuando, desde un punto de vista objetivo, mejor puede preverse dicho apartamiento.⁹¹ De esa simple constatación resultan las definiciones (semánticas) de dolo e imprudencia que aquí se defienden: *dolo es la especial clase de reproche que se efectúa al hecho que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar ex ante una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento*; por su parte, *imprudencia es la especial clase de reproche que se efectúa a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar ex ante una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea ese apartamiento*. Este es, por lo demás, el concepto de dolo con el que, a mi juicio, implícitamente trabajan tanto la doctrina como la jurisprudencia,⁹² y que en este trabajo se busca reconstruir y definir. Con ello es suficiente como definición. Se trata nada más que de una simple abreviatura notacional,⁹³ para que en esta breve contribución se comprenda cuál es la esencia de mi punto de vista respecto al concepto de dolo (y también respecto al concepto de imprudencia). Las necesarias precisiones conceptuales de carácter sustantivo han sido desarrolladas exhaustivamente en otro lugar.⁹⁴ Y con ello queda claro, también, que según mi punto de vista

91. El “apartamiento de una regla” equivaldría –en un sentido muy grueso– a la expresión tradicional “realización del tipo”.

92. Una fundamentación detallada de esta afirmación brindo en PÉREZ-BARBERÁ, Dolo (2011), pp. 635 y ss.

93. En este ámbito no sería fructífero concentrar los esfuerzos de la crítica en la inevitable imprecisión de una determinada formulación verbal. Pues las alternativas posibles a dicha fórmula serían, asimismo, necesariamente imprecisas. En este –por así decirlo– nivel de la formulación de la definición del concepto de dolo, la imprecisión en cuestión tiene que ver, únicamente, con un problema de lenguaje sin consecuencias materiales y, por lo tanto, de segundo rango (así también FRISCH, GS-Meyer [1990], p. 541). La vehemente lucha verbal que en Alemania ha conducido a un concepto “filológico” de dolo (SCHÜNEMANN, FS-Hirsch [1999], pp. 363 y ss.), podría tal vez haberse evitado si se hubiera prestado mayor atención a esta advertencia. Cabe coincidir pues con Roxin en que, respecto de la cuestión material, tanto en la conceptualización del dolo como en todos los conceptos jurídicos “es inevitable que persista un ‘resto de inseguridad’” (ROXIN, AT I⁴ [2006], § 12, nm. 73).

94. Cf. PÉREZ-BARBERÁ, Dolo (2011), §§ 16 y ss., pp. 635 y ss.

la relación conceptual entre dolo e imprudencia, por lo menos en el nivel semántico, es *plus-minus*, no *aliud*, es decir: es de grado y no de índole.⁹⁵

Una reconstrucción analítica precisa de lo que hace la praxis es importante porque, como lo señalara Schmidhäuser, “es una mala costumbre aferrarse de manera tan amplia al concepto usual de dolo como ‘saber y querer’, a pesar de que tal concepto, con ese significado, de ningún modo es tomado en serio; y no es un buen signo para una ciencia el no expresarse con los conceptos que realmente usa”.⁹⁶ Por otra parte, insistir en la dogmática tradicional, psicologista, del dolo y del ilícito porque ella, político-criminalmente, sería “más liberal”, como lo sostiene últimamente Bung,⁹⁷ no es de ninguna manera un buen camino. Pues, como de hecho le fuera ya objetado a Bung, es una dogmática objetivista la que está en mejores condiciones de realizar los objetivos liberales propios de un Estado de derecho,⁹⁸ dado que es precisamente gracias a ella que resulta factible descartar como jurídico-penalmente irrelevantes toda una serie de sucesos sin que sea necesario acudir al fuero interno del autor. Fuera de ello, se ha demostrado aquí que esas doctrinas psicologistas son simplemente *incorrectas*. Imprudencia y dolo constituyen –si se lo quiere expresar con vasta imprecisión– un “deber conocer”. Struensee, como buen finalista, trató de explicar a la imprudencia como dolo, entendiendo por dolo algo psíquico.⁹⁹ El camino correcto, sin embargo, es el inverso: hay que explicar al dolo como imprudencia, entendiendo por imprudencia, por supuesto, algo normativo. Dolo es imprudencia calificada, tal como, en verdad, lo ha dejado insinuado ya la teoría de la

95. A favor de esta posición se pronuncian SCHMIDHÄUSER, JuS 1980, p. 251; JAKOBS, AT² (1991), 9/4; HERZBERG, FG-BGH IV (2000), p. 60; SK-StGB⁷-HOYER (2004), apéndice al § 16, nm. 2 y ss.; NK-StGB³-PUPPE (2010), § 15, nm. 5, p. 598. En contra la doctrina dominante: cf., entre otros, JESCHECK/WEIGEND, AT⁵ (1996), p. 563; Schönke/Schröder/STERNBERG-LIEBEN, StGB²⁸ (2010), § 15, nm. 3, p. 240; con matices también ROXIN, AT I⁴ (2006), § 24, nm. 77 y ss. Más referencias bibliográficas acerca de esta discusión en LK-StGB¹²-VOGEL (2007), § 15, Rn. 8 ff., S. 1002 ff. Para una fundamentación detallada de mi posición respecto a este problema específico cf. PÉREZ-BARBERÁ, Dolo (2011), pp. 651 y ss.

96. SCHMIDHÄUSER, Vorsatzbegriff (1968), S. 13 f.

97. En Wissen (2009), pp. 112 y ss.

98. Así GRECO, ZIS 13 (2009), p. 819.

99. Cf. STRUENSEE, JZ 1987, pp. 53 y ss. Cf. al respecto también SANCINETTI, LH-Struensee (2011), p. 529.

denominada imputación objetiva, al poner en claro, como afirma Roxin, que las reglas de imputación objetiva que determinan la imprudencia valen del mismo modo para el dolo.¹⁰⁰

V. Concepto de dolo y teoría de la probabilidad

La concepción aquí desarrollada constituye una teoría de la probabilidad. En ese sentido, se acopla a una tradición que, en cuanto a la dogmática alemana, se remonta a autores de fines del siglo XIX y comienzos del XX, como Lucas¹⁰¹ y Müller;¹⁰² y a Engisch,¹⁰³ Welzel,¹⁰⁴ Herzberg¹⁰⁵, Puppe¹⁰⁶ y Kindhäuser¹⁰⁷ en la discusión más reciente (entre muchos otros), así como, en Argentina, a Núñez¹⁰⁸ y Sancinetti.¹⁰⁹ Todos ellos, como es sabido, conceden al llamado “pensamiento de la probabilidad” un lugar preeminente en sus desarrollos teóricos, lo cual –atento la persistencia en el tiempo de ese pensamiento y el prestigio de los autores citados– muestra de alguna manera la relevancia innegable que tiene para la dogmática del dolo la cuestión de la probabilidad de ocurrencia de un suceso o de concurrencia de alguna circunstancia típica, a punto tal que trasciende los absolutamente disímiles enfoques dogmáticos a los que adscriben sus partidarios: el pensamiento de la probabilidad, en efecto, ha sido defendido tanto por causalistas como por

100. “No existe de hecho diferencia alguna entre hechos imprudentes y dolosos, en la medida en que las reglas de la imputación objetiva, conforme a las cuales se determina la imprudencia, rigen de igual modo para los hechos dolosos” (ROXIN, AT I⁴ (2006), § 24, nm. 95).

101. Cf., *Verschuldung* (1883), p. 16.

102. Cf., *Bedeutung* (1912), pp. 45 y ss.

103. Al menos para los casos de muy alta o muy baja probabilidad subjetiva (cf. ENGISCH, *Untersuchungen* [1930], p. 209).

104. Cf., *Strafrecht*¹¹ (1969), p. 68.

105. En op. y loc. cits. (nota 3).

106. En op. y loc. cits. (nota 21).

107. En op. y loc. cits., (nota 22).

108. En DPA II (1960), pp. 58 y ss.

109. En *Teoría* (1991), pp. 197 y ss.

finalistas y teleológico-normativistas. Y cumple, además, un papel más que relevante en la jurisprudencia.¹¹⁰

Mi concepción, sin embargo, no debe ser entendida como una teoría *del dolo eventual*, tal como ha sido expuesta por lo general la llamada teoría de la probabilidad, sino como una teoría del concepto *de dolo*.¹¹¹ En efecto: en lo que respecta al concepto de dolo en general, sostener una teoría de la probabilidad no es sólo conveniente, sino teóricamente forzoso. Pues, en estricto sentido, toda la problemática del dolo (y también la de la imprudencia) remite a una relación inductiva –o sea: probabilística– entre dos enunciados, como enseguida se verá. No resulta correcta, en consecuencia, la afirmación de Frisch de que cualquier esfuerzo por precisar la teoría de la probabilidad carece de sentido.¹¹² Una prueba de ese desacierto es el hecho de que, después de emitida esa opinión, se hayan desarrollado dos de las más interesantes concepciones acerca del dolo, a saber: la de Herzberg y la de Puppe; y ellas constituyen versiones *actualizadas* de la teoría de la probabilidad.¹¹³ También Roxin ha admitido que su punto de vista es más cercano al de las teorías de la probabilidad que al de las teorías del consentimiento o de la aprobación.¹¹⁴

Debe tenerse en cuenta que el concepto de probabilidad aquí aplicado es el denominado concepto *lógico* de probabilidad, no el concepto objetivo ni el subjetivo.¹¹⁵ En tal sentido, cabe sostener que todo reproche doloso o imprudente está fundado en un enunciado de probabilidad (porque contiene una hipótesis de probabilidad), el cual es condicional y cuenta, por

110. Así lo sostienen también, entre otros, SCHÜNEMANN, JR 1989, p. 93; LK-StGB¹¹-SCHROEDER (1994), § 16, nm. 92; NK-StGB-PUPPE (1995), § 15, nm. 82 (de otra opinión en cambio en NK-StGB³-PUPPE [2010], § 15, nm. 98). Algo similar ocurre con la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (cf. BACIGALUPO, Derecho [2006], pp. 323 y ss.).

111. La concepción que aquí se defiende adhiere, por tanto, a la idea de que el llamado dolo eventual constituye el “dolo básico” (véanse las referencias bibliográficas citadas en nota a pie N° 39).

112 Cf. FRISCH, Vorsatz (1983), p. 21; EL MISMO, GS-Meyer (1990), pp. 536 y s.

113 Puppe lo reconoce expresamente en ZStW 103 (1991), pp. 1 y ss.

114 Cf. ROXIN, JuS 1964, p. 58.

115 Acerca de las diferencias entre el concepto lógico, el objetivo y el subjetivo de probabilidad cf., entre muchos, CARNAP, Logik (1959), pp. 20 y ss.; ESSLER, Logik (1970), pp. 65 y ss.; NELL, Wahrscheinlichkeitsurteile (1983), pp. 21 y ss.

lo tanto, con un antecedente y un consecuente. Al antecedente se lo denominará d (" d " = datos).¹¹⁶ Él está integrado por datos empíricos y reza, por ejemplo, "si ocurren los datos x, x_1, x_n, \dots ". Y al consecuente se lo denominará h , porque es una hipótesis:¹¹⁷ "...entonces la posibilidad objetiva de previsión de realización del tipo es... (alta, baja, etc.)". La relación lógica entre d y h es inductiva, pues h (como conclusión) no está contenida en d (como premisa). Una conclusión tal sólo puede ser, por tanto, una hipótesis probabilística.¹¹⁸

Toda hipótesis de probabilidad en sentido lógico es relativa a un determinado complejo de datos.¹¹⁹ Es decir, una hipótesis absoluta y aislada que rece por ejemplo "es probable que llueva", mirada bien de cerca no tiene sentido. Sólo puede tener sentido si se la vincula a un determinado complejo de datos, i.e., si se la relativiza: "si tenemos una presión atmosférica x , una humedad y , una temperatura z , etc., entonces es (objetivamente) probable que llueva". Lo mismo vale para el enunciado de probabilidad en el que se funda el reproche doloso (o el imprudente): "si se da un conocimiento x del autor, una voluntad y , una entidad del peligro z , etc., entonces existe (objetivamente) una probabilidad p de previsión de la realización del tipo".

Es claro, pues, que el consecuente de un enunciado probabilístico (esto es: la hipótesis de probabilidad en sí) está directamente relacionado a los datos incluidos en el antecedente. Si un solo dato cambia o se excluye, o si se incluye algún otro dato, ello tendrá repercusión inmediata en el consecuente, que variará en el grado de probabilidad que señale, o directamente variará de signo. En el ejemplo dado, si se elimina o cambia el dato del conocimiento, o el de la voluntad o el de la entidad del peligro, variará forzosamente la conclusión respecto al grado de probabilidad de la previsión objetiva de la realización del tipo.

116 Al respecto y para lo que sigue cf. CARNAP, *Logik* (1959) pp. 12 y ss., esp. pp. 23 y ss. El enunciado " d " está compuesto, pues, por distintas observaciones empíricas. Carnap aclara que " d " puede ser concebido como un único enunciado, aunque, bajo ciertas circunstancias, muy extenso, esto es, como la unión de varios enunciados observacionales singulares mediante conjunción (*ibid.*, p. 23).

117 Vgl. CARNAP, *Logik* (1959), p. 23.

118 De allí que, como se dijo, sea forzoso en este ámbito sostener una teoría de la probabilidad. Cf. sobre ello, entre otros, STEGMÜLLER, *Probleme I* (1969), pp. 624 y ss.

119 Cf. CARNAP, *Logik* (1959), p. 26; ESSLER, *Logik* (1970), pp. 76 y ss.

Estas hipótesis de probabilidad son objetivas, en el sentido de que es irrelevante qué se representa una persona particular acerca de esa probabilidad.¹²⁰ Pues el enunciado de probabilidad en cuestión surge directamente del análisis objetivo del complejo de datos con el cual él se relaciona.¹²¹ Pero debe tenerse presente que, en este contexto, lo “objetivo” es la *hipótesis* de probabilidad, no el *concepto* de probabilidad empleado en ella. Todo ello vale, desde luego, cuando tal clase de hipótesis de probabilidad tiene lugar en el ámbito del derecho penal. Claro que, en virtud de la naturaleza punitiva del derecho penal, dicha conclusión empírica requiere de una legitimación normativa, que, a mi modo de ver, ha sido correctamente señalada por Puppe: “no es al autor a quien compete decidir sobre la relevancia jurídica de la realización típica del peligro de la que es consciente, sino al derecho”.¹²² Queda claro, pues, que la teoría de la probabilidad que aquí se defiende, más allá de que se apoye en una larga tradición dogmática, se distancia considerablemente, en los fundamentos, de esas versiones tradicionales. Pues éstas, por lo general, postulan un concepto subjetivo de probabilidad, en tanto para ellas lo decisivo es qué probabilidad se ha representado el autor.¹²³ Una concepción tal es rechazada aquí expresamente. Y por supuesto que tampoco se sostiene aquí una concepción métrica o cuantitativa de probabilidad, que de hecho no ha sido defendida por nadie en la dogmática penal y, sin embargo, es destinataria de la mayoría de las críticas.¹²⁴ Puppe es prácticamente la única que advierte ese error, al expresar que el empleo de un concepto no cuantitativo de probabilidad, en este ámbito, es posible y plausible.¹²⁵

120. Cf. CARNAP, *ibid.*, p. 33.

121. *Ibid.*

122. NK-StGB-PUPPE (1995), § 15, nm. 61. A ello habría que agregar que también es asunto del derecho, y no del autor, determinar incluso la relevancia de su representación –o de su falta de representación– concreta.

123. Cf., por todos, H. MAYER, AT (1953), p. 250.

124. Cf. por ejemplo las críticas de FRISCH, Vorsatz (1983), pp. 20 y s., 282 y s.; JAKOBS, AT² (1991), 8/23, nota a pie N° 47; aparentemente también HERZBERG, JuS 1986, p. 251.

125. Cf. NK-StGB-PUPPE (1995), § 15, nm. 75; cf. también NK-StGB³-PUPPE (2010), § 15, nm. 71 y ss.

Lo que debe quedar claro es que, según el punto de vista que aquí se defiende, *toda* imputación dolosa o imprudente está fundada, implícitamente, en una hipótesis de probabilidad como la aquí descrita, sea que se trate de un tipo de lesión o de un tipo de peligro (concreto o abstracto), y se requiera por tanto dolo de lesión o dolo de peligro, respectivamente.¹²⁶ La “posibilidad objetivamente privilegiada de prever la realización del tipo” puede estar referida, por lo tanto, a la realización tanto de un tipo de lesión como de un tipo de peligro, y en este último caso sea ese peligro concreto o abstracto.

VI. Reglas para la aplicación práctica

Ahora bien: ¿cómo han de resolverse los casos en la práctica, de conformidad con el concepto de dolo (y de imprudencia) aquí desarrollado? Lo fundamental es ofrecer una herramienta segura al operador jurídico, para que éste pueda construir de modo controlable el enunciado probabilístico en el que se funda la caracterización de un caso como doloso o imprudente. Así, dado que el antecedente de ese enunciado está conformado por un conjunto de datos, es necesario un criterio de relevancia a partir del cual seleccionar los datos que se incluirán en él. En efecto: “detrás” de toda hipótesis teórica hay, por así decirlo, una hipótesis de segundo orden, implícita, que no es teórica sino axiológica,¹²⁷ cuya función es determinar qué datos empíricos *deben* ser considerados relevantes –o irrelevantes– para la formulación de la hipótesis teórica correspondiente. Dicha hipótesis axiológica es denominada “hipótesis de relevancia” por la literatura analítico-filosófica,¹²⁸ y se funda en un marco teórico previo que, a su vez, se corresponde con el inte-

126. Sobre el problema de la delimitación conceptual entre dolo de peligro, dolo eventual e imprudencia conciente cf., entre muchos otros, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos* (1994), capítulo segundo. Pero el concepto de dolo que aquí se propone es apto para toda clase de dolo.

127. Una hipótesis teórica es la que tiene por fin explicar algo; una hipótesis axiológica es la que tiene por fin, previa valoración, seleccionar de un contexto general los datos útiles para intentar la explicación. Por eso digo que una hipótesis de relevancia es siempre de segundo orden: se refiere a una hipótesis de primer orden, que es la teórica.

128. Cf. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción* (1993), pp. 33, 145 y s., 156 y s.

rés que lleva a formular la hipótesis teórica de que se trate.¹²⁹ La hipótesis de relevancia que aquí interesa se funda, por lo tanto, en el marco teórico conformado a partir del análisis de la *ratio legis* del mayor castigo de ciertos hechos, desarrollado ya en el apartado IV.

La hipótesis de relevancia brinda, pues, el marco valorativo a partir del cual se formularán reglas específicas de relevancia conforme a las cuales han de seleccionarse los datos empíricos que darán base a la hipótesis teórica. Son “reglas” en el sentido ordinario de la palabra, esto es, pautas binariamente regulativas. En este contexto específico ello quiere decir: pautas que establecen cuáles datos deben ser tomados en cuenta y cuáles no; o, dicho aún más específicamente, pautas que establecen qué condiciones tiene que cumplir un dato empírico para poder ser considerado relevante en orden a formar parte de la hipótesis (teórica) de probabilidad que funda el reproche doloso. Sólo estos datos empíricos tenidos por relevantes pueden integrar el enunciado antecedente “d” de la hipótesis de probabilidad, conforme a la cual se determina la posibilidad objetiva de previsión del apartamiento de una regla jurídico-penal.

La hipótesis de relevancia en cuestión reza lo siguiente: son en principio relevantes todos los datos empíricos (físicos o psíquicos) que contribuyeron a conformar el caso; pero, respecto de los datos psíquicos o estados mentales, sólo son relevantes aquellos cuya génesis pueda ser reputada objetivamente racional, es decir, que sean epistémicamente racionales. De esta hipótesis de relevancia se infieren dos reglas específicas de relevancia. La primera está directamente relacionada con la noción de “relevancia estadística”,¹³⁰ y reza lo siguiente: *para que un dato empírico –psíquico o físico– pueda ser relevante, es necesario que sea posible considerarlo idóneo para influir, en más o en menos, en el grado de posibilidad objetiva de previsión del apartamiento de una regla jurídico-penal.* La función de esta

129. Ya he empleado este aparato conceptual en PÉREZ-BARBERÁ, ZStW 114 (2002), pp. 600 y ss. Lo “axiológico”, en este contexto, no remite a valoraciones de tipo éticas, sino a valoraciones preteóricas (cuyo marco de referencia es el interés científico de quien formula la hipótesis) que permiten seleccionar lo empíricamente relevante para la teoría que se pretende desarrollar.

130. Acerca de la noción de relevancia estadística cf., entre otros, SALMON, *Statistical* (1971); KINDHÄUSER, *Handlung* (1980), p. 482; PUPPE, ZStW 95 (1983), p. 308; SUPPES, *Causality* (1970), pp. 12 y ss.; DíEZ/MOULINES, *Fundamentos* (1999), pp. 243 y ss.

primera regla es “filtrar” datos empíricos que en nada pueden contribuir a la decisión respecto a un caso de imputación dolosa, según el contexto. Mucho más importante es la segunda regla de relevancia, que se funda en criterios objetivos de racionalidad epistémica y rige sólo para determinar la relevancia de los estados mentales. Ella dice: *para que un estado mental pueda ser considerado relevante es necesario que sea epistémicamente racional, o –lo cual es lo mismo– que el estado mental en cuestión tenga un origen o génesis objetivamente racional.*

La consecuencia central de la aplicación de esta segunda regla de relevancia es que ella puede determinar que un estado mental, como por ejemplo un determinado conocimiento o representación, o un desconocimiento o falta de representación, o una determinada intención, una determinada confianza, etc., no deban ser considerados relevantes –por ser epistémicamente irracionales–, y que, en consecuencia, no deban ser tenidos en cuenta para la formulación de la hipótesis de probabilidad en la que se funda la caracterización de un caso como doloso o imprudente. Así, dadas ciertas circunstancias, una acción puede ser considerada dolosa aunque el autor no se haya representado ni siquiera los datos constitutivos del riesgo o peligro creado por su acción u omisión (y por eso es que, según esta concepción, es posible considerar doloso a un caso de ceguera ante los hechos). Y también es posible que una acción pueda ser considerada imprudente aunque el autor haya tenido la intención de realizar un riesgo no permitido y éste se haya realizado tal como el autor se lo representara al menos en su resultado final (y por eso es que, según esta concepción, es posible considerar imprudente a un caso de consumación objetivamente inesperada o de tentativa irreal o supersticiosa). Ello es producto de que esta segunda regla de relevancia tiene su fundamento directamente en las consideraciones relativas a la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso y al fin del derecho penal, cuyo análisis, conforme se vio, adelantara ya estos resultados. Es precisamente esta regla de relevancia la que permite que aquellas conclusiones axiológicas de carácter más bien abstracto puedan materializarse, ahora, como consecuencias prácticas concretas de la aplicación del concepto de dolo aquí desarrollado.

El funcionamiento concreto de las reglas de relevancia puede mostrarse acudiéndose a los ejemplos ya utilizados en el apartado IV. En el caso del ladrón que para huir dispara un arma de fuego contra quien lo persigue, representándose su muerte como posible, en el antecedente del enunciado probabilístico en el que se fundará la caracterización del caso como doloso

o imprudente –y de acuerdo con la primera regla de relevancia– debe incluirse (por ser relevante conforme a esa regla) el dato de la elevada entidad del peligro generado por la acción del autor respecto a la vida de la víctima. Y –de acuerdo con la segunda regla de relevancia– debe incluirse también el dato de la representación del autor de la posibilidad de que uno de sus disparos mate al perseguidor (por ser relevante conforme a esa regla), dado que dicha representación es epistémicamente racional en virtud de que está basada en el conocimiento –por definición racional– que tiene aquel respecto de las regularidades empíricas que rigen en ese contexto. Así, del dato de la elevada entidad del peligro sumado al dato de la representación del autor de la posibilidad de que ese peligro se realice (antecedente del enunciado) se infiere como conclusión que, en términos objetivos, la realización del tipo aparece como altamente probable (consecuente del enunciado), frente a lo cual no cabe sino concluir que, *ex ante*, la posibilidad de que el autor prevea su apartamiento de la regla es objetivamente privilegiada y corresponde, por lo tanto, caracterizar a su hecho como doloso.¹³¹

El mismo procedimiento debe aplicarse a todos los casos. Veamos, para sólo dar un ejemplo más, qué es lo que sucede en el caso del automovilista irreflexivo, para mostrar qué debe ser tenido en cuenta para concluir que un caso de ceguera ante los hechos debe ser imputado a título de dolo. En este caso, de acuerdo con la primera regla de relevancia, corresponde incluir en el antecedente del enunciado probabilístico el dato de la elevada entidad del peligro creado por el autor. Y, de acuerdo con la segunda regla de relevancia, *no corresponde* incluir el dato de la falta de representación de ese peligro por parte del autor, pues dicha ausencia de representación es epistémicamente irracional (en tanto desafía regularidades empíricas obvias). La hipótesis de probabilidad se funda, por lo tanto, únicamente en el dato de la elevada entidad del peligro creado, y de ese dato lo que se infiere, en términos objetivos, es que la realización del tipo aparece como altamente probable. Frente a ello –y al igual que en el caso anterior– cabe concluir que, *ex ante*, la posibilidad de que el autor prevea su apartamiento de la regla es objetivamente privilegiada y corresponde, por lo tanto, caracterizar también a este hecho como doloso.

131. Sólo en los resultados similar SCHÜNEMANN, FS-Hirsch (1999), pp. 372 y ss.

En verdad, cualquier concepto de dolo puede ser manipulado por la jurisprudencia, no únicamente aquel que, por ejemplo, hoy supuestamente sostiene Tribunal Supremo Federal alemán.¹³² La tesis aquí desarrollada tiene al menos la ventaja de que ella, como se dijo, también vale como una reconstrucción teórica del concepto de dolo que la praxis realmente emplea. Así, en la medida en que muestra qué es exactamente lo que los jueces hacen cuando señalan a un caso como doloso, permite hacer explícitas las premisas implícitas que están presentes en toda manipulación argumentativa, y ello tiene el efecto de que, al menos, torna más controlable al argumento judicial. Mucho más no se puede pedir de un concepto jurídico.

VII. Correcciones sistemáticas

Para finalizar, cabe agregar que este cambio de dirección en el enfoque acerca del concepto de dolo abandona definitivamente distinciones sistemáticas en el nivel estructural de la teoría del delito basadas en la distinción objetivo/subjetivo, entendido “subjetivo” como “psíquico” (o “mental”) y “objetivo” como “externo”, a la manera tradicional. Para una estructuración adecuada de la teoría del delito, mucho más relevante que lo que diferencia a los datos objetivos de los subjetivos es aquello que ambos tienen en común, a saber: el hecho de ser *fácticos*. Por eso no existe ninguna categoría normativa de la teoría del delito que, en cuanto a sus referencias empíricas, trabaje sólo con datos objetivos o sólo con datos subjetivos para establecer diferentes niveles de imputación: todas las constelaciones de casos que al derecho penal le interesan están conformadas por datos tanto objetivos como subjetivos. Así, el conocimiento (o un determinado conocimiento), en tanto dato psíquico, puede ser relevante no sólo para el dolo, sino también para lo que se denomina “imputación objetiva” y para la culpabilidad.

Debería por lo tanto ser fácilmente apreciable que no sólo no tiene ningún sentido hablar de “imputación objetiva” e “imputación subjetiva”; tampoco tiene sentido ya la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo. De hecho, no pocos autores son conscientes de que esa distinción entre objetivo y subjetivo, por lo menos en el ámbito de la llamada imputación objetiva, ha traí-

132. Vgl. dazu NK-StGB³-PUPPE (2010), § 15, Rn. 98 f.

do más inconvenientes que soluciones.¹³³ El dolo deja de ser, pues, un “concepto referencial” (en el sentido de que su extensión viene determinada por la extensión de su objeto: el “tipo objetivo” al que el dolo “se refiere”),¹³⁴ para, en todo caso, pasar a ser un concepto *de referencia*: él determina qué datos empíricos resultan relevantes para que un caso pueda ser tenido como doloso.

En lugar del par “tipo objetivo/tipo subjetivo” se propone aquí, entonces, la distinción entre “tipo de explicación” y “tipo de imputación”, aplicable ciertamente para el ilícito, pero también para la culpabilidad. Los datos empíricos, tanto objetivos (en el sentido de externos: físicos e institucionales) como subjetivos (psíquicos), deben ser seleccionados y relacionados entre sí conforme a un marco teórico que explicita el interés de que se parte y proporcione los criterios ontológicos y nomológicos de selección y relación. Con ello se obtiene una *explicación* empírica del suceso, que es el cometido central del tipo de explicación. Explicado un suceso empíricamente, resta determinar si él, normativamente, puede serle *imputado* a un autor, y en su caso con qué modalidad (dolosa o imprudente). Ese es el cometido central del tipo de imputación.

Extenderse más respecto de esta cuestión sistemática importaría, sin embargo, excederse por completo de los límites del presente trabajo. De allí que su tratamiento, en todo caso, deberá ser objeto de investigaciones ulteriores específicas. En este lugar sólo cabe agregar que este abandono de la decisión de establecer diferencias categoriales a partir de las características empíricas de los datos disponibles podría quizás considerarse como la última etapa (hasta ahora) de una evolución que comenzara ya a comienzos del siglo XX, con la superación del dogma “todo lo objetivo al tipo, todo lo subjetivo a la culpabilidad”.¹³⁵

133. Cf. por ejemplo BÜRCKHARDT, *Straftat* (1996), pp. 99 y ss.; STRUENSEE, LH-Baigún (1995), pp. 251 y ss. Para un resumen de esas críticas cf. CANCIO MELIÁ, *Conducta* (1998), pp. 68 y ss.

134. Así toda la doctrina (cf., por todos, ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa* [2000], p. 386).

135. “Un concepto de dolo moderno, enfáticamente normativo, podría romper con el actual ‘concepto psicológico de dolo’ y remitir a éste a la historia del derecho penal, del mismo modo en que, alguna vez, el concepto normativo de culpabilidad dejó en la historia al concepto puramente psicológico de culpabilidad” (GAEDE, *ZStW* 121[2009], pp. 241 y s., quien, sin embargo, opta por no seguir ese camino: pp. 242 y ss., 279 y s.).

Dolo y evitabilidad individual

*Fernando Córdoba**

–I–

Ante todo debo expresar mi agradecimiento a los responsables de AGON por haberme honrado doblemente al invitarme a participar en esta edición; y digo doblemente porque me han convocado nada menos que para la inauguración de esta sección y porque me han considerado el interlocutor apropiado para entablar el diálogo con un jurista de la importancia de GABRIEL PÉREZ BARBERÁ sobre algunas de las ideas centrales que ha formulado en su investigación de tesis doctoral, de reciente publicación,¹ y que nos presenta en la exposición que antecede bajo el título: “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”.

Debo adelantar, sin embargo, que son numerosas las coincidencias y que me concentraré en un aspecto que bien podría ser considerado complementario de la propuesta de PÉREZ BARBERÁ.

Sin más introducción, paso a referirme en primer lugar a esas coincidencias:

–II–

* Doctor en Derecho. Profesor Adjunto Regular del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, UBA y de posgrado en la Universidad Torcuato Di Tella. Ex becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn.

1. Cf. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

Coincido con PÉREZ BARBERÁ cuando sostiene (i) que dolo e imprudencia son cualidades definitorias de casos genéricos, (ii) que se trata de cualidades normativas porque lo que torna doloso o imprudente un caso genérico es una valoración de él como más o menos grave, y (iii) que calificar a una acción como dolosa o imprudente tiene el sentido ilocucionario de un juicio de mayor o menor reproche. Comparto también entonces que la tarea de reconstrucción del concepto de dolo pasa por identificar la característica común de ese universo de conductas que hace que sean consideradas merecedoras de un juicio de disvalor mayor.

También concuerdo en que al momento de llevar a cabo esa tarea, salvo que se quiera incurrir en una falacia naturalista, no hay nada que obligue a derivar ese juicio de mayor disvalor y merecimiento de pena a partir del dato psíquico del “conocimiento”, es decir, a ver en ese dato psíquico aquella característica que justificaría calificar de doloso a una clase de comportamientos.

Por el contrario, comparto también que la reconstrucción del concepto de dolo debe realizarse a partir del fin del derecho penal y de la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso, y coincido asimismo en los dos axiomas que, al respecto, propone, a saber, que (a) el “fin del derecho penal es la estabilización de expectativas normativas configuradas a partir de reglas comunicadas en los tipos penales, que resultan defraudadas por conductas que, por su parte, comunican un apartamiento de aquellas reglas de modo suficientemente intenso”, y (b) que “cuanto mayor es la intensidad comunicativa de un hecho en contra de una regla jurídico-penal, mayor debe ser también su sanción, para que sea posible el cumplimiento de la finalidad establecida en el primer axioma”.

Concuerdo también con la conclusión que deriva de estas premisas, esto es, que es la mayor intensidad con la que ciertos comportamientos comunican su apartamiento de la norma lo que justifica su mayor gravedad y su mayor merecimiento de pena; es decir, que la “mayor intensidad comunicativa” es la característica que define al caso genérico doloso o, si se quiere, que define el concepto de dolo.

Y coincido, por último, también en que esa “mayor intensidad comunicativa” no depende únicamente de si el autor se representó o no el resultado, como pretende la concepción tradicional, sino de la racionalidad del modo en que el autor llegó o no a esa representación.

En relación con los casos claros de lo que se conoce como dolo directo y dolo eventual, dice así PÉREZ BARBERÁ:

“Las conductas que se ponen en práctica a partir de una situación óptima para orientarse en el mundo (esto es, las que tiene por base representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas), si se apartan de una regla jurídico-penal lo hacen con un elevado efecto comunicativo contrario a ella, pues comunican una toma de postura que, atento la existencia de una correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo, debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la de la regla. Ello es así porque esa clase de correlación epistémico-ontológica hace que, *ex ante*, el apartamiento del autor importe comunicar otra regla, opuesta a la violada, e importe asimismo comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla; y además porque, en tales casos, el autor no tiene margen objetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Por este motivo merecen estas conductas un castigo mayor”.

En cuanto a los casos conocidos como de “ceguera ante los hechos”, es decir, aquellos en los que es epistémicamente irracional la ausencia de conocimiento, aduce también, por su parte, que en ellos:

“...se dan circunstancias que deben ser valoradas del mismo modo que las de los casos de apartamiento de una regla en los que media representación epistémicamente racional y ontológicamente acertada. En estos casos, la conducta tiene lugar a partir de una orientación *arbitraria* y comunica por tanto una toma de postura que debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la de la regla. Ello es así porque ‘arbitrariedad’, en este contexto, significa un desafío objetivo a regularidades empíricas obvias o a normas de conducta elementales propias de ese ámbito específico de actuación (*ceguera ante los hechos*). De allí que, también aquí, desde un punto de vista *ex ante* el apartamiento del autor importa comunicar otra regla, opuesta a la violada, e importa asimismo comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla; y tampoco en este supuesto el autor tiene margen objetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Por este motivo merecen estas conductas un castigo mayor”.

Ahora bien, comparto, como dije, el planteamiento precedente de PÉREZ BARBERÁ que espero haber reseñado correctamente. Pero pienso también que su propuesta podría y debería ser complementada con las siguientes consideraciones.

–III–

El contenido comunicativo de un comportamiento típico depende, ciertamente, también de las circunstancias que PÉREZ BARBERÁ apunta como determinantes de su intensidad. Pero, incluso antes de poder ingresar siquiera al análisis de su intensidad, el contenido comunicativo de un comportamiento está condicionado por una circunstancia anterior que es su evitabilidad individual. Para expresarlo gráficamente, sólo una conducta que significa socialmente un homicidio puede comunicar una toma de postura respecto de la norma que prohíbe el homicidio, y ese significado depende primeramente de su evitabilidad individual. O bien, formulado a la inversa, la causación inevitable de un resultado de muerte no comunica ninguna toma de postura respecto de la norma que prohíbe el homicidio, más aún, ni siquiera constituye un comportamiento que signifique socialmente un homicidio.

Esa inevitabilidad puede deberse a la carencia en el autor de las capacidades físicas necesarias para evitar, pero también a la falta de capacidades intelectuales que le permitieran reconocer lo que estaba por realizar. Es este último aspecto el que se vincula con el tema que ahora interesa y en el que me voy a concentrar, sin perjuicio de algunas consideraciones previas para introducir el concepto de evitabilidad individual.

En efecto, parto aquí de la base de que la *evitabilidad individual de la conducta* constituye el presupuesto mínimo para que pueda tener lugar la imputación de responsabilidad jurídico-penal.² Evitabilidad individual significa que la conducta debe haberle sido evitable al *autor concreto* y no, por ejemplo, a un hombre promedio. En otras palabras, sucesos que al autor no le era posible evitar no se le pueden imputar.

Estableciendo la evitabilidad individual como punto de partida, no se hace más que aplicar en el campo del derecho penal el principio general se-

2. Cf. JAKOBS, AT², 6/20 y ss.; *idem*, Studien, pp. 34 y ss.

gún el cual a nadie se le puede exigir más de lo que puede rendir: “*ultra posse nemo obligatur*”.³ Por ello, quien se manifieste de acuerdo con este postulado deberá compartir necesariamente el punto de partida aquí expresado.

Ahora, ¿cómo se establece si un comportamiento ha sido individualmente evitable, es decir, si ha sido evitable para su autor?

En rigor, la posibilidad de evitar una conducta depende, en primer lugar, de que el autor pueda motivarse de manera dominante a evitar el comportamiento (en otras palabras, de que pueda formar una voluntad de evitación); en segundo término, de que pueda reconocer que la conducta que se propone realizar es aquella que quiere evitar; por último, de que, dado el caso, pueda aplicar la fuerza física necesaria para evitar el comportamiento en cuestión. Es decir, la evitabilidad depende de las capacidades volitivas (o motivatorias), intelectuales y físicas del autor.

Pero el concepto de evitabilidad se construye sin tener en cuenta la capacidad de motivación del autor.⁴ La voluntad de evitar se da simplemente por supuesta y lo que hay que comprobar es si el autor, con la voluntad de evitar una determinada clase de comportamientos, habría podido reconocer que estaba por realizar uno de esos comportamientos y lo habría podido evitar; en el ejemplo de un homicidio, si con la voluntad de evitar matar, habría podido reconocer que causaría la muerte de otra persona y habría podido evitar también físicamente el comportamiento en cuestión.⁵

3. Cf. JAKOBS, Studien, pp. 64 y ss. Cf. también EXNER, Das Wesen der Fahrlässigkeit, p. 137: “Sólo se puede hablar de un ‘deber de evitar’ si la evitación es posible. La proposición: ‘impossibilium nulla est obligatio’ también rige en derecho penal. Reprochar a alguien que no hizo posible lo imposible, que no evitó lo inevitable, carecería de sentido” (destacado en el original).

4. En verdad, esto no supone nada nuevo en lo que se refiere al ilícito, pues si algo tienen en común los distintos conceptos de acción actualmente vigentes, es que el *minimum* con el que todos se conforman para que se pueda afirmar la existencia de una “acción” (y luego, dado el caso, de un ilícito) es que se trate de un comportamiento voluntario. Esto implica que la pregunta acerca de cómo surgió esa voluntad, esto es, si el autor habría podido formar una voluntad de acción diferente, es una cuestión que, al menos en este nivel de análisis, no interesa (cf. JAKOBS, AT², 6/21). Según la opinión dominante, la pregunta por la capacidad de motivación concierne exclusivamente a la culpabilidad, pero no al ilícito (cf., por todos, ARMIN KAUFMANN, ZfRV 1964, p. 140).

5. Se debe aclarar que al formular la hipótesis no debe suponerse un motivo para evitar el comportamiento concreto, pues ello implicaría suponer en el autor no sólo la motivación,

Como se puede apreciar, salvo por la capacidad de motivación que queda fuera de consideración al darse por supuesta la voluntad de evitación, la evitabilidad individual se determina según las capacidades físicas e intelectuales del autor del caso real.⁶

Claro que uno se podría preguntar por qué hay que dar por supuesta la voluntad de evitar del autor. Por dos razones.

Primero, porque la evitabilidad no es otra cosa que la posibilidad de evitar y la pregunta por algo posible en el pasado es siempre la pregunta por algo hipotético,⁷ esto es, algo que no fue real, pero que *habría podido serlo*, si alguna de las circunstancias que condicionaron la realidad hubiese sido diferente. Por ello, está implícito en la definición de una hipótesis que al menos una de las condiciones del suceso real debe ser modificada;⁸ y es que si se reproduce en la base del juicio de posibilidad todas las circunstancias que condicionaron que la realidad fuese así y no de otra manera, la pregunta acerca de si otra realidad habría sido posible está condenada desde un comienzo a ser respondida negativamente⁹⁻¹⁰.

sino también el conocimiento actual o potencial de ese comportamiento, cuya presencia se busca comprobar a través de la hipótesis (JAKOBS, Studien, pp. 42 y s.).

6. Cf. JAKOBS, AT², 6/24 y ss.; *idem*, Studien, esp. ps. 42 y s., 64 y ss., 83 y ss. Cf., asimismo, KINDHÄUSER, GA 1990, ps. 407 y ss.; *idem*, AT, § 5, núms. 4 ss., 13 y s.

7. Cf. JAKOBS, Studien, ps. 34 y ss., esp. ps. 35, 39; *idem*, Welzel-FS, ps. 307 y ss.

8. Una hipótesis es, por definición, la “suposición de una cosa, sea posible o imposible, para sacar de ella una consecuencia” (cf. Diccionario de la Real Academia Española).

9. Cf. ENGISCH, Untersuchungen, pp. 413 y s., señala: “vigente de manera constante la ley causal, la producción o no producción de un acontecimiento concreto es *necesaria* en virtud de la totalidad de aquellas circunstancias sin las cuales no ocurriría (en virtud de los ‘antecedentes’). Por ello, desde este punto de vista, *posibilidades* reales sólo pueden, desde un comienzo, entrar en consideración si el examen no se basa en la *totalidad* de los antecedentes concretos de un acontecimiento concreto... La pregunta [...] sólo puede recibir una respuesta con sentido cuando se la formula sobre la base de un supuesto de hecho definido, de algún modo, de manera distinta”.

10. Cf. también EXNER, Das Wesen der Fahrlässigkeit, pp. 182 y s.: “Tomamos en consideración una determinada sección de todas aquellas circunstancias que, en su totalidad, tuvieron como consecuencia el acontecimiento en cuestión, y la proposición: habría podido suceder de otra manera, no significa entonces otra cosa más que: las circunstancias tenidas en mira no envuelven, en sí mismas, la necesidad de la producción del resultado en cuestión. Respecto de acciones humanas, de la configuración total de circunstancias

La otra razón es la siguiente. Nuestro derecho penal es un derecho penal de culpabilidad por la voluntad, es decir, que no reprocha la falta de inteligencia o de capacidades físicas, sino exclusivamente déficits volitivos; y para comprobar si la no evitación del comportamiento típico puede ser reconducida a un déficit volitivo lo que hay que preguntarse es qué habría sucedido si el autor se hubiese motivado, es decir, si hubiese formado una voluntad de evitar comportamientos de ese tipo. Si la respuesta es que el autor disponía de capacidades físicas e intelectuales que le habrían permitido evitar, con tal de haberlo querido, entonces hay que concluir que la razón de la no evitación, de la realización de la conducta, se halla en un déficit volitivo. En cambio, si incluso con la mejor voluntad no habría podido evitar el comportamiento, entonces hay que concluir que la conducta fue para él (física y/o intelectualmente) inevitable; y esto queda fuera ya del alcance del derecho penal.

1. Capacidades físicas

Si el autor dispuso de las capacidades físicas necesarias para evitar el comportamiento es lo que se analiza en las causas de exclusión de la acción, concretamente, en los casos de fuerza física irresistible y en los casos de actos reflejos. En el ejemplo académico de la avalancha de gente que oprime contra una pared a una persona, que a su vez asfixia con su cuerpo a un niño pequeño que se halla entre la pared y él, la causación de la muerte es inevitable para esa persona por falta de capacidad física para resistir la fuerza de empuje de la muchedumbre.¹¹ A su vez, la misma comprobación se lleva a cabo con el requisito de que el autor haya dispuesto de la capacidad de realizar la acción mandada en el delito de omisión.

prescindimos, especialmente, de *una* condición del hecho, a saber, del carácter del autor, y nos preguntamos si las restantes condiciones habrían estado unidos, normalmente, con otro comportamiento. Examinamos si el hecho desaprobado también se habría producido, si alguien compenetrado con el derecho hubiera estado en la misma situación externa. Y la proposición: el autor habría podido actuar de otra manera, significa: él habría actuado de otra manera, si hubiese sido de otra manera”.

11. Cf. p. ej. BACIGALUPO, Derecho penal, pp. 250 y s.

2. Capacidades intelectuales

Pero volvamos la atención al tema que interesa que es el de las capacidades intelectuales y conocimientos por los que se indaga en el tipo subjetivo.

En el plano subjetivo, la evitabilidad requiere previsibilidad. Sólo se puede evitar aquello que se puede prever.¹² Lo imprevisible es inevitable. Un actor de teatro puede tener la mejor voluntad de no matar, pero si no sabe ni tiene cómo saber que alguien maliciosamente ha cambiado por balas de verdad las balas de fogeo del arma con la que debe disparar a otro actor durante una escena, la muerte de ese compañero le es subjetivamente inevitable.

Por ello, conocimiento –que se asocia habitualmente al caso doloso– y previsibilidad –que requiere la conducta imprudente– no pertenecen al ilícito en tanto hechos psíquicos, sino como síntomas de que la conducta es evitable, es decir, como formas de evitabilidad. Una conducta imprudente no constituye un ilícito porque el autor habría podido prever el resultado (si lo hubiese hecho, habría actuado dolosamente), sino porque una realización típica previsible es evitable. En la conducta dolosa, el conocimiento potencial, la previsibilidad ha devenido ya en conocimiento actual. El dolo, por ello, es una forma calificada de evitabilidad en la que el autor, con sólo quererlo, está ya en condiciones de evitar.

Razonando desde la evitabilidad se comprende fácilmente por qué la previsibilidad que caracteriza a la imprudencia es el piso mínimo para la imputación jurídico-penal, y se comprende mejor también la conexión con la teoría del delito de principios tales como el *nulla poena sine culpa* o el que postula la exclusión del *versari in re illicita* o cualquier otra forma objetiva de responsabilidad.

12. Cf. EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, ps. 137 y s.: “De esto se sigue algo más: homo tantum potest, quantum scit. Sólo las consecuencias *previsibles* pueden ser consideradas evitables en sentido jurídico, sólo a ellas se refiere la prohibición legal. Pues, para eludir también todo daño imprevisible, no habría directamente que actuar, e incluso si esto fuera concebible, por medio de esta inactividad también podría ocasionarse males. La evitabilidad se halla condicionada por la previsibilidad” (destacado en el original). En la doctrina nacional, cf. la referencia al principio *ultra posse nemo obligatur*, como fundamento del requisito de previsibilidad individual para la “culpa”, que hacían ya NUÑEZ, *Tratado*, t. II, p. 77; y SOLER, *Dpa*, t. II, p. 172.

Pero este enfoque tiene además otras implicancias sistemáticas que permiten orientar la solución en algunas de las cuestiones debatidas al momento de precisar el contenido de los conceptos de dolo e imprudencia.

En primer lugar, para el deslinde del dolo eventual de la imprudencia consciente hay que recordar que el dolo es la forma de evitabilidad en la que el autor, por disponer ya del conocimiento necesario, con sólo quererlo, se halla inmediatamente en condiciones de evitar. El conocimiento que caracteriza al dolo no es entonces cualquier conocimiento; debe tratarse de un juicio válido para el autor, es decir, es preciso que el autor se represente, sobre la base de experiencia válida para él, y no sólo por especulación o por excesiva temerosidad, que causará el resultado. Es que la voluntad de evitar sólo puede surtir efecto inmediato en el autor, es decir, *sin necesidad de mayor reflexión*, sólo frente a un conocimiento que, según experiencia válida para él, lo muestre como causante del resultado. De ello se sigue que a un mero “pensar en la posibilidad del resultado”, sin cualidad de juicio válido, podrá denominarse, si se quiere, imprudencia consciente, pero lo que debe quedar claro es que la representación del resultado que caracteriza esta forma de imprudencia no satisface las exigencias propias del conocimiento de las consecuencias que requiere el dolo.¹³

En segundo lugar, y ahora con relación a la imprudencia, si lo que importa es la evitabilidad individual, es decir, lo que el autor concreto con sus capacidades individuales habría podido prever y evitar, entonces esto ya supone una toma de postura en la discusión acerca de si para la tipicidad del delito imprudente basta que el resultado haya sido previsible en general, para un hombre promedio (previsibilidad objetiva),¹⁴ o se requiere que haya sido previsible al autor del caso real (previsibilidad individual). Mientras que la doctrina posiblemente aún mayoritaria (al menos en la Argentina) se conforma, para el ilícito imprudente, con la previsibilidad objetiva del resultado, es decir, con lo que habría previsto un hombre prudente y razonable en la situación del autor, el punto de partida de la evitabilidad individual reclama –como se dijo anteriormente– que el resultado le haya sido previsible al autor concreto. En otras palabras, la evitabilidad individual reclama la

13. Cf. JAKOBS, AT², 8/23 y ss.

14. Cf., por todos, JESCHECK/WEIGEND, AT⁵, § 21, II, 3; y WELZEL, Strafrecht, ps. 131 y ss.

previsibilidad individual de la conducta y de sus consecuencias.¹⁵ Según este punto de vista, la conducta imprudente se caracterizaría por la previsibilidad individual de la realización del tipo.

–IV–

¿Cómo se establece si el autor habría podido prever el resultado? En el ejemplo del teatro, ¿cómo se determina si el autor habría podido darse cuenta de que alguien había cambiado las balas? La respuesta es que la posibilidad de prever aquello que quiere evitar depende de los conocimientos y las capacidades intelectuales de que se dispone al momento de actuar.

Los conocimientos a los que se alude son los que SCHMIDHÄUSER denomina la *consciencia parcial del hecho*, esto es, “los contenidos de la consciencia referidos a la situación concreta actual” (p. ej. el saber que se está manipulando un arma frente a una persona, que se está circulando a velocidad excesiva, etc.), y el *saber experimental general*, es decir, “los conocimientos generales del autor en relación con diversos hechos y principios generales de la experiencia, de los cuales el autor no es consciente en el momento de actuar, pero que tiene almacenados en su inconsciente de modo tal que podría devenir consciente de ellos”. En cuanto a las capacidades intelectuales, son mencionadas habitualmente aquí la inteligencia, la memoria, la capacidad de combinación, la velocidad de pensamiento a lo que hay que agregar las circunstancias internas y externas que pueden incidir sobre esas capacidades (falta de tiempo, eventualmente, estados de cansancio o excita-

15. Para la fundamentación de la previsibilidad individual a partir de la concepción aquí sostenida, cf. JAKOBS, Studien, p. 46 y *passim*; *idem*, AT², 9/1 y ss.; para la tesis de la previsibilidad individual en general, cf. STRATENWERTH/KUHLEN, AT³, § 6, núms. 20 y ss., y § 15, núms. 13 y ss.; *idem*, Jescheck-FS, ps. 285 y ss.; SK-SAMSON, anexo al § 16, núms. 13 y ss.; OTTO, AT³, § 10, núms. 4 y ss.; BURKHARDT, Tatbestandsmäßiges Verhalten, ps. 114 y ss.; FREUND, AT, § 5, núms. 22 y ss.; LK-SCHROEDER, § 16, núms. 127 y ss.; F.C. SCHROEDER, JZ 1989, ps. 776 y ss.; KREMER-BAX, Das personale Verhaltensunrecht, ps. 91 y ss., 129 y ss. También la doctrina nacional más antigua, anterior al finalismo, reclamaba previsibilidad individual, cf. p. ej. NUÑEZ, Tratado, t. II, p. 77; y SOLER, Dpa, t. II, p. 172.

ción, etc.), codeterminando aquello para lo cual el autor es capaz en el caso particular.¹⁶

Para resolver entonces si en un caso concreto puede afirmarse que hubo previsibilidad individual hay que preguntarse, primeramente, qué circunstancias del hecho concreto conocía el autor (*consciencia parcial del hecho*). Una vez establecido esto, hay que determinar qué conocimientos generales tenía el autor respecto de las consecuencias cuya evitabilidad se analiza (*saber experimental general*). Por último, hay que preguntarse si aplicando esos conocimientos generales a las circunstancias del hecho actualmente conocidas, es decir, relacionando estas circunstancias con aquellos conocimientos previos, el autor habría podido advertir la peligrosidad de su conducta. Por cierto que la respuesta a la que se arrije dependerá también de los restantes factores intelectuales (inteligencia, velocidad de pensamiento, etc.) que han sido mencionados, así como de sus condicionamientos (tiempo, cansancio, etc.).

Permítaseme ilustrar con un ejemplo antiguo pero gráfico y la explicación correspondiente también de SCHMIDHÄUSER: la abuela que viene del campo con su pequeño nieto a la gran ciudad y que no sabe que las puertas del tren ahora se cierran automáticamente antes de la partida, no está en condiciones de representarse que las puertas pueden cerrarse de golpe atrapando el brazo de su nieto al que lleva de la mano. En cambio, si alguna vez conoció estas puertas “mágicas”, podrá arribar en situaciones similares, incluso en otros medios de transporte, a la consciencia del hecho.¹⁷

—V—

16. Esta caracterización del proceso de adquisición de conocimientos nuevos a partir de las capacidades y conocimientos ya existentes no es, por supuesto, privativa de SCHMIDHÄUSER, a quien he recurrido con fines ejemplificativos, sino común a la doctrina especializada sobre la materia (cf. p. ej. los autores citados en la nota anterior); claro que quienes se satisfacen con previsibilidad objetiva en el ilícito desplazan este análisis a la culpabilidad (cf. p. ej. por todos, JESCHECK/WEIGEND, AT⁵, § 21, II, 3). En particular la exposición y más ejemplos de ENGISCH, EXNER y JAKOBS pueden consultarse en CÓRDOBA, La evitabilidad del error de prohibición, pp. 89 y ss., 100 y ss.

17. Cf. SCHMIDHÄUSER, AT², 10/100, con más ejemplos que pueden consultarse también en CÓRDOBA, La evitabilidad del error de prohibición, pp. 104 y ss.

No es mi intención extenderme aquí más sobre un tema central de la dogmática del delito imprudente como lo es el de la previsibilidad, sino sólo llamar la atención sobre un aspecto complementario que, pienso, debería considerarse presupuesto en la propuesta de PÉREZ BARBERÁ. Me refiero a que si sólo un comportamiento individualmente evitable puede comunicar una toma de postura con relación a una norma, esto significa que, al menos en este nivel de análisis, no pueden dejar de ser tomados en cuenta los conocimientos y las capacidades intelectuales en el momento del hecho del autor del caso real.

Luego de que se hubiera establecido que el autor en virtud de sus conocimientos y capacidades habría podido prever la peligrosidad de su conducta o, incluso, que llegó a representarse el peligro, entonces sí es posible practicar ulteriores distinciones en función de la intensidad del aporte comunicativo, como propone PÉREZ BARBERÁ. Dicho de otro modo, sólo una vez que ha quedado asegurado el piso mínimo de la evitabilidad es posible cuestionar si de las conductas que, por evitables, comunican sentido, sólo las que son llevadas a cabo con conocimiento, y sólo ellas, tienen una fuerza comunicativa mayor o también tienen esa misma intensidad comunicativa algunas en las que ese conocimiento está ausente.

Fuera de ello, he mencionado que concuerdo con él en que nada impide modificar la concepción que se ha tenido tradicionalmente del dolo y vincular el juicio de mayor disvalor, que ese concepto expresa, no ya con la existencia de conocimiento sino con la racionalidad de su presencia o su ausencia, si éste y no aquél es el verdadero criterio con arreglo al cual la sociedad valora la gravedad de las conductas que califica como dolosas. Concretamente, pienso que nada impide tratar casos en los que sólo pudo acreditarse previsibilidad como dolosos, ni tratar casos en los que hubo conocimiento como imprudentes.

Sólo tres observaciones más para finalizar. Primero: para simplificar antes mencioné sólo los conocimientos y las capacidades intelectuales como factores que condicionan la previsibilidad, pero lo cierto es que también las capacidades físicas constituyen un factor del que también depende que el autor pueda reconocer lo que debe evitar. Como se suele ejemplificar en la literatura sobre la materia, está claro que a una persona que está sorda o que es ciega le es imposible reconocer un peligro que sólo puede ser percibido a través del oído o de la vista. Ahora, a favor una vez más de tomar en cuenta las capacidades del autor a la hora de establecer la previsibilidad y la evitabilidad individual, ¿alguien pensaría en prescindir del dato físico de

la sordera o de la ceguera y tratar al autor como si oyera o viera? Por eso, insisto, sólo una vez que se ha comprobado la inevitabilidad individual (física e intelectual), encuentro posible montar sobre ese “piso mínimo” ulteriores construcciones y distinciones.

Segundo: como se desprende ya del punto de partida expuesto,¹⁸ también al autor que no conoció pero que habría podido conocer se le reprocha un déficit volitivo: si se hubiese motivado de manera dominante a evitar, p. ej., la muerte de otros, habría podido reconocer la peligrosidad de su conducta para la vida de la víctima y habría evitado actuar. La voluntad de evitar es también voluntad de procurarse el conocimiento necesario para poder evitar.¹⁹ Ahora, en la valoración de ese déficit volitivo, que explica que no se haya adquirido el conocimiento que era adquirible, me parece que las razones, los motivos concretos que determinaron que en el proceso de motivación no prevaleciera la voluntad de adquirir ese conocimiento, también tienen que pesar y reflejarse en la intensidad comunicativa del comportamiento frente a la norma. Y, en definitiva, es lo que hace también PÉREZ BARBERÁ (en este punto de modo similar a JAKOBS) porque está claro que lo que él reprocha como doloso en los casos de “ceguera de hecho” no es la irracionalidad epistémica que es producto de la falta de inteligencia, sino de ignorancia crasa, egoísmo, indiferencia, etc.,²⁰ es decir, de motivos que

18. Cf., *supra*, III.

19. Cf. JAKOBS, *Studien*, pp. 34 y ss., 41 y ss., y pp. 43 y s.: “El motivo de evitación no presupone el conocimiento de las consecuencias, sino que es él mismo impulso para obtener el conocimiento de las consecuencias como presupuesto psíquico de la evitación de las consecuencias. Permanece ‘callado’ cuando la evitación es tan segura como es subjetivamente posible, pero no ya cuando el estado actual de conocimientos, no revisado bajo el aspecto de la evitación de las consecuencias y, por tanto, casual, no contiene los resultados a ser evitados. En la hipótesis de este motivo, por lo tanto, son reconocidas y evitadas por el sujeto las consecuencias concomitantes o éstas son irreconocibles para el sujeto y, por ello inevitables”.

20. Pueden leerse, en efecto, en algunos pasajes de su exposición alusiones como las siguientes a ese respecto: “debe tenerse en cuenta que ‘ceguera ante los hechos’ es una metáfora que hace referencia a una clase específica de falta de representación, que es la falta de representación *crasa*”; “[e]s verdad que ella puede implicar infidelidad al derecho motivada por indiferencia frente a bienes de terceros”; “[l]o que hace que esa ausencia de representación sea imputable a dolo es que [...] el peligro creado es de tal magnitud que sólo un inimputable o un completo egoísta puede no verlo (por eso es ‘ciego’)”; “[q]ue

ponen de manifiesto una actitud hostil hacia la vigencia de la norma. No me puedo extender aquí, pero los criterios para esa valoración deberían integrarse sistemáticamente con los que se postulan para el caso paralelo del error de prohibición y, en particular, para el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación.²¹

Tercero: aunque tampoco habré de profundizar sobre este aspecto, quiero mencionar al menos que el contenido comunicativo de una conducta depende, por último, también de la imputación objetiva. Es que sólo una conducta que tiene socialmente el significado de una conducta de homicidio puede comunicar una toma de postura respecto de la norma que prohíbe el homicidio. Ciertamente, ese significado depende, como se dijo, primeramente de la evitabilidad individual. Pero las reglas que terminan de precisar el sentido social de una conducta, concretamente, que definen p. ej. si la causación previsible o consciente de una muerte (es decir, individualmente evitable) significa socialmente un homicidio, son las reglas que delimitan el riesgo permitido.²² Claramente esto escapa ya de los límites del concepto de dolo, pero creo que viene al caso mencionarlo como otro recordatorio de que la racionalidad epistémica de la génesis de los datos psíquicos puede ciertamente ser uno de los componentes, pero no el único que decide sobre el contenido y la intensidad comunicativa de un comportamiento en relación con la norma.

–VI–

Con esto he finalizado mi aporte que espero sea de utilidad. Me queda tan sólo agradecer una vez más la generosa oportunidad que se me ha brindado para reflexionar en torno a la excelente obra del colega y amigo GABRIEL PÉREZ BARBERÁ.

haya dolo o imprudencia no depende, por tanto, de que haya o no representación, sino del motivo de la presencia o de la ausencia de representación [...] frente a puestas en peligro crasas (i.e., de enorme entidad) lo habitual es que el autor ‘vea’ el peligro y se abstenga de actuar...”: “[...]o que sí hay siempre en estos casos es, ciertamente, ‘indiferencia *hacia el interés lesionado*’”, etc.

21. Cf., al respecto, MANSO PORTO, Normunkenntnis aus belastenden Gründen, ps. 1 y *passim*, y, con relación al error sobre presupuestos justificantes, CÓRDOBA, La evitabilidad del error de prohibición, pp. 192 y ss.

22. Cf. CÓRDOBA, Imputación objetiva y teoría de la acción, pp. 41 y ss.

Confiscación sobre el producto indirecto del delito en el sistema de prevención del lavado de activos

*Leandro Tadeo Fernández**

I. Introducción

El objetivo de este trabajo es describir las recomendaciones internacionales en materia de prevención del lavado de activos (“LA”)¹ sobre *confiscación*² del producto directo e indirecto del delito³ y la situación en Argentina. Para ello,

* Auxiliar de segunda en la asignatura “Finanzas Públicas y Derecho Tributario”, Cátedra del Dr. Horacio Corti, UBA.

1. Sobre el delito de LA y su régimen de prevención en Argentina, ver BAUCHÉ, Eduardo Germán, *Lavado de dinero: encubrimiento y lavado de activos*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2006; CESANO, José Daniel, “Análisis dogmático del delito de blanqueo de capitales de origen delictivo en la legislación penal argentina”, en CERVINI, Raúl *et. al.*, *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2008; CEVASCO, Luis Jorge, *Encubrimiento y lavado de dinero*, Buenos Aires, Fabián di Plácido Editor, 2002; CÚNEO LIBARONA, Mariano (h.), *El delito de lavado de dinero, la existencia de un delito previo y su prueba. Garantías constitucionales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009; DURRIEU, Roberto (h.), *Lavado de dinero en la argentina*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006; ORSI, Omar G., *Lavado de dinero de origen delictivo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007; RODRÍGUEZ VILLAR, Pacífico y BERMEJO, Mateo Germán, *Prevención del lavado de dinero en el sector financiero*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001; SÁNCHEZ BROT, Luis E., *Lavado de dinero delito transnacional*, Buenos Aires, La Ley, 2002.
2. Sobre el alcance utilizado en el presente trabajo sobre la palabra *confiscación*, ver *infra* punto II -B -1.
3. A lo largo de este trabajo, tomaremos como sinónimos los términos delito e ilícito penal

identificaremos el marco conceptual de los términos y su extensión y analizaremos precedentes judiciales relevantes.

Al respecto, se ha criticado que la Argentina carece de la facultad de *confiscar* el producto indirecto resultante de actividades delictivas.⁴ Adelantamos nuestra idea en cuanto consideramos que el producto indirecto del delito puede ser *confiscado*, de acuerdo con el marco legal vigente en Argentina y a los efectos de la terminología de las recomendaciones internacionales.

II. Recomendaciones internacionales

a) *El Grupo de Acción Financiera Internacional*

La República Argentina forma parte desde el año 2000 del Grupo de Acción Financiera Internacional (“GAFI”).⁵ Éste cuerpo intergubernamental, creado en 1989, tiene como objetivo determinar estándares y promover la efectiva implementación de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el LA y otras amenazas relacionadas con el sistema financiero internacional. En ese sentido, ha dictado una serie de recomendaciones que son universalmente reconocidas como un patrón internacional contra el LA, denominadas las “40 Recomendaciones”.⁶

aunque seamos conscientes de sus diferencias. Ver al respecto, SEQUEIRA, Marcos A., “La diferencia entre ‘ilícito penal’ y ‘delito’ en la nueva ley 26.683 de lavado de dinero”, *Doctrina Penal Tributaria y Económica Errepar*, octubre 2011, p. 37 en adelante y DI PASQUALE, Federico, “Un paso en la lucha contra el lavado de activos y el crimen organizado”, *elDial.com - DC15F1*, 10/06/2011.

4. Punto 18 del “Reporte de Evaluación Mutua” (MER por sus siglas en inglés) realizado conjuntamente por GAFI y GAFISUD y adoptada en Plenario en fecha 22/10/2010, disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Argentina.pdf>, última visita 17/9/2012.

5. En rigor, la sigla se corresponde a su nombre en idioma francés *Groupe d'Action Financière sur le Blanchiment de Capitaux* (GAFI) o FATF por su nombre en inglés *Financial Action Task Force*, siendo estos dos sus únicos idiomas oficiales.

6. Fueron redactadas en el año 1990 para prevenir el LA proveniente del tráfico ilícito de drogas. En 1996 fueron modificadas para reflejar la evolución del LA y sus técnicas y para ampliar el espectro más allá del narcotráfico. En octubre de 2001, luego del atentado a

b) *La confiscación y los productos del delito*

1. Confiscación

La actual Recomendación 4 (“R4”) trata sobre la *confiscation* y dispone que las autoridades competentes de los países deben poder embargar y *confiscar* “... los productos o instrumentos del delito, usados o con intención de usarse en LA o delitos precedentes...”. El glosario de las 40 Recomendaciones la define como “la privación permanente de fondos y otros activos por orden de una autoridad competente o una corte (...) [y] tiene lugar a través de un procedimiento administrativo o judicial que transfiere la propiedad al Estado”⁷ y está en consonancia con las definiciones de la Convención de Viena, Palermo y de Naciones Unidas contra la Corrupción.⁸ Este término es generalmente traducido como “decomiso”, aunque, como veremos, no vamos a tomar esta traducción automáticamente, puesto que el objeto de nuestro trabajo parte de considerar a la *confiscación*, en el lenguaje internacional y a los efectos de los compromisos asumidos por la Argentina, como un sistema o régimen destinado al recupero de activos resultantes de actividades

las Torres Gemelas en EEUU, GAFI expandió su objetivo en contra del financiamiento de actos y organizaciones terroristas y crea las “VIII Recomendaciones Especiales” para la prevención del financiamiento del terrorismo, que fueron modificadas en 2008 (donde se incorpora la Recomendación Especial IX). En 2003 las “40 Recomendaciones” fueron revisadas por segunda vez. Recientemente, en febrero de 2012, las “40 Recomendaciones” y las “IX Recomendaciones Especiales” fueron unificadas en un sólo texto, abarcando el lavado de activos, la financiación del terrorismo y la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva. Ver FATF, “*The international standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation – The FATF recommendations*”, disponible en [http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%20\(approved%20February%202012\)%20reprint%20May%202012%20web%20version.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%20(approved%20February%202012)%20reprint%20May%202012%20web%20version.pdf), última visita el 1/7/2012 o su versión en español, traducida por GAFISUD, “*Las nuevas recomendaciones del GAFI*”, disponible en <http://www.gafisud.info/pdf/NUEVASRECOMENDACIONESDELGAFI-esp.pdf>, última visita el 1/7/2012 y FATF, “*Mandate (2012-2020)*”, disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/FINAL%20FATF%20MANDATE%202012-2020.pdf>, última visita el 1/7/2012.

7. FATF, “*The international standards...*” *ob. cit.*, p. 110. La traducción es libre.

8. Ver *infra* punto III -A -.

delictivas, y que en el análisis del plexo normativo argentino *confiscación* es un *género* de institutos como el decomiso, la reparación, indemnización, restitución y reposición al estado anterior del delito.

2. Los productos del delito

Conforme al mentado glosario, los productos “refieren a los bienes derivados u obtenidos, directa o indirectamente, de la comisión de un delito”.⁹ Por su parte, bienes *–property–* significa “activos de cualquier tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, y documentos legales o instrumentos que evidencien la titularidad o participación en esos activos”.¹⁰

En tanto, la extensión de uno y otro dependerá del marco legal aplicable en cada país,¹¹ por lo que adoptaremos los siguientes criterios:

a. Producto directo

Por producto directo entenderemos tanto el (i) instrumento¹² empleado en la comisión del ilícito como (ii) los bienes que derivan o se obtienen inmediatamente del delito. Ejemplo de ello serán las armas utilizadas para cometer un robo y la suma de dinero sustraída en el mismo, respectivamente.¹³

9. FATF, “*The international standards...*” *ob. cit.*, p. 119. La traducción es libre. Con el mismo sentido, se define a los productos del delito en el artículo 2, inciso e. de la Convención de Palermo y la de Naciones Unidas contra la Corrupción y artículo 1, inciso p. de la Convención de Viena. Ver *infra* punto III -A -.

10. FATF, “*The international standards...*” *ob. cit.*, p. 119. La traducción es libre. El glosario menciona también a los bienes “corpóreos e incorpóreos”, clasificación extraña a nuestro sistema jurídico, por lo que no la incluimos en la traducción. Al respecto, ver “Corporeal Property” en BLACK’S LAW DICTIONARY, abridged 6th edition, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1991, p. 239.

11. OECD/THE WORLD BANK, *Identification and quantification of the proceeds of bribery*, Revised edition, OECD Publishing, 2012, p. 18.

12. Sobre las precisiones en cuanto a este término, ver *infra* punto III -B -1.

13. En una publicación del Banco Mundial se señalan, como ejemplos de producto directo, los fondos pagados por cohecho o la suma robada del tesoro nacional por un funcionario público. BRUN, Jean-Pierre *et. al.*, *Asset recovery handbook: a guide for practitioners*, Washington DC, The World Bank, 2011, p. 108.

b) *Producto indirecto*

Por producto indirecto incluiremos (i) las ganancias que se obtienen o que derivan del producto directo del delito y (ii) los bienes sustitutos. En el ejemplo del punto anterior, tanto el bien comprado con el dinero robado como su interés si fuera invertido es producto indirecto. También se puede ilustrar con un caso de cohecho en proceso de licitación: si la empresa comete tal ilícito, pagándole a un funcionario para ganar el contrato en cuestión, y el producto directo del contrato es U\$S 5 millones (ingresos totales derivados del contrato) el producto indirecto sería U\$S 500.000 si la compañía invierte el dinero por un año y gana el 10% de interés.¹⁴ Además puede incluirse el *incremento del valor de la empresa* que ganó el contrato o los ingresos derivados de otros contratos obtenidos como consecuencia del original.¹⁵ Hay por lo menos dos maneras de calcular el producto indirecto: (i) o se consideran todos los ingresos obtenidos en el contexto de una operación ilegal o, (ii) sólo se computan ganancias, es decir, ingresos menos ciertos costos. A esto se le llama modelo bruto o neto del cálculo de beneficios ilícitos.¹⁶

c) *Producto directo e indirecto del delito precedente y del delito de LA*

Creemos que es importante distinguir entre los productos de todos los delitos del producto del delito de LA, puesto que puede suceder que el producto directo e indirecto del delito precedente sea el producto directo del delito de LA. Ejemplifiquemos con un ilícito contra la administración pública mediante el cual se obtiene \$1 millón. Ese millón es el resultado – producto directo– del delito contra la administración pública. Si ese millón se invierte en varios plazos fijos, los intereses generados son el producto indirecto de ese delito. Ahora bien, si esa maniobra llegara a constituir el delito de LA, tanto el millón como sus intereses son el producto directo del

14. *Idem*.

15. OECD/THE WORLD BANK, *ob. cit.*, p. 18.

16. Este tema puede consultarse en OECD/THE WORLD BANK, *ob. cit.*, p. 19 y BRUN, *ob. cit.*, p. 113. En este último se explica, bajo el acápite “*Gross or net benefits*” que para el cálculo de los “beneficios netos”, a diferencia de los “beneficios brutos”, se permite deducir los gastos (legales, bancarios, de transporte y otros) pagados en el proceso del lavado de fondos. También puede ampliarse en JORGE, Guillermo, “El decomiso del producto del delito”, en JORGE, Guillermo *et. al.*, *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, Del Puerto, 2008, pp. 103-106.

LA. Esto también tiene consecuencias por sus efectos, puesto que si el delito precedente, supóngase, una estafa o robo por el cual una persona física pierde ese millón, la *confiscación* como consecuencia de la estafa o robo operará en concepto de *restitución* a la víctima. En cambio, si ese millón es puesto en circulación, por ejemplo, constituyendo LA, la *confiscación* irá al Estado, como *decomiso*, sin perjuicio de los eventuales “derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”.¹⁷

c) Aclaración terminológica

Cuando internacionalmente se habla de *confiscation* en el lenguaje jurídico doméstico proponemos que no sea automáticamente entendido como *decomiso*, sino como *confiscación*, en el sentido de sistema o régimen destinado al recupero de activos resultantes de delitos, es decir, como *genérico* de decomiso, reparación, indemnización, restitución y reposición al estado anterior. Consecuentemente, nos referimos a las normas sobre decomiso (artículos 23 y 305) y sobre reparación de perjuicios (Título IV del Libro I) del Código Penal (“CP”). Por lo tanto, con *confiscación* no aludimos en absoluto a la pena prohibida por nuestra Constitución Nacional (“CN”)¹⁸ y

17. Como expresa el artículo 23 del Código Penal. Ver *infra* punto III -B -1.

18. Artículo 17 *in fine* CN: “La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino (...)”. BIDART CAMPOS explica que “[l]a *confiscación* es el apoderamiento de los bienes de una persona por parte del fisco. Penalmente, es la sanción que con igual alcance se aplica a una persona condenada por delito. La Constitución ha suprimido para siempre la confiscación como pena, pero si tal protección se brinda al condenado, hemos de entender que también alcanza a quienes no son delincuentes. Por eso, la cláusula funciona a nuestro criterio como abolición lisa y llana de la confiscación; vedada como pena, no puede subsistir bajo ningún otro título. De ahí que toda privación arbitraria de la propiedad se equipare a la confiscación y sea inconstitucional. (...) La confiscación que como pena y represalia queda abolida es la confiscación *general* de bienes; no puede asimilarsele el decomiso de objetos particulares que son producto o instrumento del delito, ni la recuperación de bienes mal habidos cuando la dispone una sentencia dictada en juicio y fundada en ley”. BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II, 2º reimposición, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 129. A su vez, BADENI indica que “[l]a relación atribuida a la confiscación con el código penal obedeció a que, desde la antigüedad, la confiscación era una sanción penal, muchas veces aplicada por razones políticas, en virtud de la cual una persona era desposeída de todos sus bienes en beneficio

¹⁹. Resaltamos que es importante interpretar cuidadosamente los institutos jurídicos que pueden prestarse a confusión, particularmente, en materia de cooperación internacional en la lucha contra el LA.²⁰

III. Legislación

a) Plano internacional

Argentina ha aprobado diversos convenios internacionales que incluyen el compromiso del país en orden a adoptar la *confiscación* del producto indirecto del delito, tales como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 [la mencionada “Convención de Viena”, artículo 5] a través de la ley 24.072 (B.O. 14/4/1992); la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2001 [la mentada “Convención de Palermo”, artículo 12] a través de la ley 25.632 (B.O. 30/8/2002); el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo [“CFT”, artículo 8] a través de la ley 26.024 (B.O. 19/4/2005); la Convención Inter-Americana contra la Corrupción [“CIAC”, artículo XV] a través de la ley 24.759 (B.O. 17/1/1997) y la mencionada Convención de las Naciones Unidas contra la

del Estado o de otras personas”. BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, 2º edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 858.

19. Por otra parte, como explica BREGLIA ARIAS, el propio término “comiso” viene del latín “comissum”, que significa confiscación. BREGLIA ARIAS, Omar, “El comiso en las reformas del Código Penal”, *La Ley*, 2006-F, 870. Según ZARINI, *confiscatio* deriva del latín *confiscare*, de *cum*, con y *fiscus*, el fisco. ZARINI, Helio Juan, *Constitución Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 91. En fin, la CSJN ha admitido el decomiso en las causas *Criminal, contra Ramón González, por violación de la ley num. 4097, sobre juegos de azar, sobre inconstitucionalidad de la misma*, Fallos 103:255 (ver especialmente p. 262); *Griet Hermanos contra la Provincia de Tucumán, por devolución de sumas de dinero provenientes del cobro de impuestos fiscales al azúcar*, Fallos 137:212 (ver considerando 17º, p. 244) y *Don Juan C. Crocco y otro, en la causa seguida en su contra, por contrabando*, Fallos 165:290 (ver p. 302) entre otros.

20. Este problema ha sido tratado como una “barrera” en la recuperación de activos delictivos (*Barrier 7: Difference between legal traditions*) STEPHENSON, Kevin et. al, *Barriers to asset recovery: an analysis of the key barriers and recommendations for action*, Washington DC, The World Bank, 2011, p. 47.

Corrupción [“UNCAC” por sus siglas en inglés, artículo 31] a través de la ley 26.097 (B.O. 9/6/2006).

b) *Plano doméstico*

Como ya adelantamos, a nuestro criterio el sistema de *confiscación* argentino se estructura en los siguientes institutos:

1. Decomiso

El decomiso es la pérdida del derecho de propiedad o la privación de bienes por orden de una autoridad competente o una corte.²¹ Como explica FREEDMAN, “a diferencia de la expropiación, esta medida es aplicada sin que el afectado tenga derecho a percibir un resarcimiento”.²²

ZARAGOZA AGUADO indica que “[t]radicionalmente el comiso ha sido considerado por los estudiosos del Derecho Penal como una cuestión de segundo orden (...). No obstante, en los últimos años las cosas han cambiado notablemente. El auge y crecimiento del narcotráfico, unido al de otras actividades delictivas organizadas en general, y la consideración de que todas ellas no son sino un gran negocio que reporta incalculables ganancias, han reorientado los objetivos de la política criminal”.²³

Las disposiciones sobre el decomiso se encuentran en el artículo 23 CP. Originariamente, el mencionado artículo disponía que “[l]a condena importa la pérdida de los *instrumentos* del delito, los que, con los *efectos provenientes* del mismo, serán decomisados, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable”. Luego de varias reformas,²⁴ actualmente dispone

21. Conforme definición del artículo 2, inciso g. de la UNCAC y de la Convención de Palermo, y artículo 1, inciso f. de la Convención de Viena.

22. FREEDMAN, Diego, “El decomiso del producto del delito en la Argentina”, en JORGE, Guillermo *et. al.*, *ob. cit.*, p. 322.

23. ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, “Investigación y enjuiciamiento del blanqueo de capitales (II)”, en BLANCO CORDERO, Isidoro *et. al.*, *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, Tercera Edición, Washington DC, OEA-CICAD-BID, 2006, pp. 353-354.

24. El artículo 23 fue modificado por las leyes 25.188 (B.O. 1/11/1999), 25.742 (B.O. 20/6/2003), 25.815 (B.O. 1/12/2003) y 26.683 (B.O. 21/6/2011). Para un análisis por-

que: “[e]n todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros (...)”

Sin embargo, la diferencia entre instrumentos y efectos no quedó borrada, ya que el 9° párrafo del 23 autoriza al juez a adoptar medidas cautelares sobre distintos bienes o derechos patrimoniales “sobre los que, por tratarse de *instrumentos* o *efectos* relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer”, y el artículo 305 CP faculta al juez, en la misma línea del 23, a adoptar medidas cautelares sobre “los bienes que sean *instrumentos*, *producto*, *provecho* o *efectos* relacionados con los delitos previstos en los artículos precedentes” (delito de LA).

Por *instrumentos* se entienden los utilizados intencionalmente para cometer ilícitos, quedando abarcados también los utilizados ocasionalmente para ello.²⁵

menorizado de la evolución legislativa ver DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal Argentino, Parte General*, 2° edición, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 340 a 343 y FEDERIK, Julio A., “Comentario al artículo 23”, en BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio R. (Directores), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Tomo 1, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, pp. 305-309.

25. No es pacífica la interpretación del término. Ver BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar R., *Código Penal y Leyes Complementarias Comentado, Anotado y Concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 78; TERÁN LOMAS, Roberto A. M., *Derecho Penal, Parte General*, Tomo 2, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 433 y sigtes.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et. al.*, *Derecho Penal, Parte General*, 2° edición, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 987. “Lo que ha sido materia de mayores controversias es el concepto de instrumentos del delito; para la generalidad de la doctrina son los que se han empleado ‘intencionalmente’ para cometer el delito (se dice que la voz ‘instrumento’ tiene una connotación psíquica), con lo cual quedarán excluidos, por supuesto, los que han sido instrumentos de un delito culposo (p.ej., el automóvil con el que se causó lesiones culposas). Pero una parte de la jurisprudencia ha restringido más aún ese concepto, limitando los ‘instrumentos’ a los objetos que, por su propia naturaleza, están destinados a servir para la especie del hecho ilícito de que se trate, pero no los que tienen otro destino distinto, aunque se los haya empleado para cometer el delito (...) lo que no parece una solución dogmáticamente lógica”. CREUS, Carlos, *Derecho Penal – Parte General*, 3° edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 519. La “conclusión jurisprudencial” de RUBIANES es que “[s]i se trata de delitos

Por *efectos*, adherimos a la postura que denominamos “no restrictiva”,²⁶ alcanzando lo que definimos como producto indirecto. ZAFFARONI indica que “nuestro código no dice que deba tratarse de los efectos ‘inmediatamente’ provenientes del delito, sino simplemente, de los ‘provenientes’ del delito, por lo que no vemos razón alguna para hacer una distinción sobre los efectos que provienen en forma mediata”.²⁷ Agrega, en otra publicación, que “[e]fectos del delito son cualquier mercancía (legal o ilegal en cuanto a su tenencia y circulación) obtenida mediante el injusto, sea que se encuentre en el mismo estado o en otro diferente (como valor de uso o de cambio), o sea, que la mercancía se convierta en dinero u otro valor, o que con el dinero se adquiera mercancía u otro valor. Por ende, se trata de los efectos provenientes de un delito sin distinguir si son los efectos inmediatos o mediatos del ilícito”.²⁸ FEDERIK, en el mismo sentido, enseña que los “efectos del delito –los *producta sceleris*– podrían, de lo contrario, ser trocados y escapar a la previsión legal que por otra parte no restringe el significado de la palabra efectos y el objeto adquirido por el delincuente con la enajenación de lo robado no deja de ser un producido del delito”.²⁹ A esta postura se adhirió expresamente en la causa *Alsogaray, María J.*, sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal

culposos, el secuestro, y, por tanto, el eventual comiso del objeto con el cual se lo cometió, queda librado a criterio del juez según las circunstancias. Son instrumentos del delito los objetos intencionalmente utilizados para consumarlo o intentarlo, sea que de ellos se hayan valido todos o algunos de los partícipes, ya se trate de objetos destinados específicamente al delito u ocasionalmente para su comisión, aunque respecto de estos últimos se haya decidido en forma contraria. No corresponde el decomiso de los instrumentos de trabajo”. RUBIANES, Carlos J., *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, 2º edición, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 105. Sin embargo, sobre los instrumentos de trabajo, CAPORALE indica que “parecería absurdo denegar el decomiso de un cuchillo con el que un carnicero cometió un homicidio, por considerarlo un elemento de trabajo”. CAPORALE, Constanza, “Comentario al art. 23”, en D’ALESSIO, Andrés y DIVITO, Mauro A., *Código Penal Comentado y Anotado*, 2º edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 225.

26. Una buena síntesis de todas las posturas puede leerse en DE LA RÚA, *ob. cit.*, p. 345 y 346, CAPORALE, *ob. cit.*, p. 225 a 232 y FEDERIK, Julio A., *ob. cit.*, pp. 312-316.

27. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Tomo V, Buenos Aires, Ediar, 1988, p. 264.

28. ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et. al.*, *Derecho Penal... ob. cit.*, p. 988.

29. FEDERIK, Julio A., *ob. cit.*, p. 312.

Federal Nro. 4, (31/5/2004) y sentencia de la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal (9/6/2005).

Esta posición “no restrictiva” queda ratificada en la nueva normativa al abarcar las *ganancias* –“utilidad que resulta del trato, del comercio o de otra acción”–³⁰ y *provecho* –“beneficio o utilidad que se consigue o se origina de algo o por algún medio o que se proporciona a alguien”–³¹ del delito.

En principio, el decomiso es una pena accesoria,³² aunque “con la sanción de la Ley de Ética Pública 25.188, esta concepción fue abandonada, pues se introdujo la posibilidad de decomisar los bienes en poder de sujetos no condenados”.³³ Así, la jurisprudencia ha dicho que “nuestro sistema actual, según la reforma de la ley 25.188, no ha abandonado del todo un régimen *in personam* pero, a la vez, ha introducido ciertos elementos *in rem* que transforman al decomiso en una medida híbrida”.³⁴ Además, se ha incluido en el sistema el llamado “decomiso sin condena”,³⁵ que como no-

30. Diccionario de la Real Academia Española, segunda acepción del término, consultado en línea: <http://lema.rae.es/drae/?val=ganancia>, última visita 10/09/2012.

31. Diccionario de la Real Academia Española, primera y segunda acepción del término, consultado en línea: <http://lema.rae.es/drae/?val=provecho>, última visita 10/09/2012.

32. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal... ob. cit.*, p. 259, BREGLIA ARIAS y GAUNA, *ob. cit.*, p. 78; DE LA RÚA, *ob. cit.*, p. 343.

33. COLOMBO, Marcelo y STABILE, Agustina, “Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos”, *La Ley* 2005-D, 1400.

34. Causa *Vago* (ver *infra* punto IV -). Algo similar se dijo en causa *Dadone* (ver *infra* punto IV -). En el mismo tenor, “este tipo de medidas no constituyen una pena, en el sentido del castigo a un sujeto condenado por la comisión de un delito. Sino que por el contrario, lo que se intenta con ellas es recuperar un bien adquirido por los mandatarios o representantes de una persona de existencia ideal. Estas acciones se erigen sobre la premisa que el derecho de propiedad sólo existe en la medida en que ella sea adquirida a través de los medios que el derecho permite. Por lo tanto, la propiedad adquirida en base a la comisión de hechos ilícitos (los propios o los de un tercero) está viciada en su origen y, en consecuencia, no puede sostenerse válidamente un derecho respecto de ésta”. OFICINA ANTICORRUPCIÓN, *Recupero de activos en casos de corrupción: el de comiso de las ganancias del delito estado actual de la cuestión*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, 2010, p. 67.

35. La ley 26.683 (B.O. 21/06/2011) incorporó los párrafos 7^{mo} y 8^{vo} del artículo 23 e incorporó el art. 305 al CP, los que disponen este decomiso sin condena.

vedosa variante del decomiso merece sus propios comentarios, los cuales exceden el propósito de este artículo.³⁶

Siguiendo con el análisis, “los efectos sometidos a decomiso son aquellos que pertenecen al condenado, entre los cuales no se cuentan los objetos logrados por el delito que pertenecen a un tercero no responsable”.³⁷ SOLER explica que “[e]l decomiso no alcanza (...) al producido total del delito, a los objetos robados, que pertenecen al propietario, o a lo que el delincuente se procuró mediante los *producta sceleris*, como ser lo comprado con la falsa moneda”.³⁸ Sin embargo, CAPORALE aclara que “el decomiso no requiere que el objeto pertenezca al condenado, sino sólo que haya sido utilizado para cometer el delito o constituya su producto o ganancia (...)”.³⁹

2. Reparación de perjuicios, reposición al estado anterior y restituciones

Bajo el Título IV del Libro I “Reparación de Perjuicios” el CP establece diversas normas que incluimos dentro de la *confiscación*. El artículo 29 dispone que “La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias”.

Por otra parte, el artículo 30 CP⁴⁰ dispone una suerte de orden de privilegios ante la insuficiencia de fondos del condenado para atender a sus

36. Recomendamos para su lectura una guía de buenas prácticas desarrollada por el Banco Mundial: GREENBERG, Theodore S. *et. al.*, *Stolen asset recovery: a good practices guide for non-conviction based asset forfeiture*, Washington DC, The World Bank, 2009, pp. 5-47.

37. CAPORALE, *ob. cit.*, p. 228

38. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, 10° reimpresión total, Buenos Aires, TEA, 1992, p. 460.

39. CAPORALE, *ob. cit.*, p. 230. Según el artículo 23, el tercero no responsable puede ser alcanzado cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos (ver causa *Vago*, *infra* punto IV -). Y cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste.

40. Artículo 30: La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del

responsabilidades derivadas del crimen cometido, de lo que se desprende que puede privarse del derecho de propiedad de sus bienes a prorrata de indemnizaciones, decomisos y multas.

El artículo 31 CP indica que la obligación de reparar el daño es solidaria entre todos los responsables del delito, y el que por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado (artículo 32 CP).

Por otra parte, se ha señalado que la acción indemnizatoria puede ser una vía bien eficaz para recuperar activos y puede presentar notables ventajas respecto del decomiso.⁴¹

3. Síntesis de la posición

Creemos que es posible legalmente la *confiscación* –privación permanente de bienes por orden de una autoridad competente y la transferencia de la propiedad al Estado– del producto directo e indirecto del delito en Argentina, ya sea bajo la forma del decomiso como en concepto de reparación de perjuicios y restitución al Estado o como reposición al estado anterior y hasta mediante acciones indemnizatorias en el marco del sistema de prevención y combate del LA.

Coincidimos con FULLIN en cuanto “las medidas de LA y FT, además de perseguir a los criminales, buscan como principal objetivo interrumpir el flujo de capitales, atacando a la organización en forma completa y específica”.⁴²

producto o el provecho del delito y al pago de la multa. Si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, éstas se satisfarán en el orden siguiente:

1. La indemnización de los daños y perjuicios.
2. El resarcimiento de los gastos del juicio.
3. El decomiso del producto o el provecho del delito.
4. El pago de la multa.

41. COLOMBO y STABILE, *ob. cit.*

42. FULLIN, Esteban, “Ámbitos de actuación del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Análisis de tipologías”, en SERPA GUINAZÚ, Guillermo O. y RICARDES, Raúl (coords.), *Delincuencia trasnacional organizada: lavado de activos, narcotráfico y financiamiento del terrorismo*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2011, p. 72.

IV. Jurisprudencia Nacional

El principio básico establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación [“CSJN”] es que el delito comprobado no rinda beneficios (Fallos: 254:320;⁴³ 283:66;⁴⁴ 313:1305;⁴⁵ 320:277;⁴⁶ 320:1038;⁴⁷ 320:1472;⁴⁸ 320:1717;⁴⁹ 321:2947;⁵⁰ 323:929;⁵¹ entre otros).

Desde esa perspectiva iniciamos el repaso de los siguientes precedentes, expuestos de manera cronológica:

(i) El 24 de julio de 1981, la Sala 2 de la Cámara Penal Económico, en la causa *Flageat, Alberto M.* indicó que “[a] nuestro juicio, tanto los ‘instrumentos del delito’ cuando ‘los efectos provenientes’ del mismo pueden eventualmente, ser sustituidos, recayendo el comiso, en tal caso, sobre los elementos que los reemplazan”. Si bien esta sentencia se basa en la antigua redacción del artículo 23 CP, ello no obsta a su validez, admitiéndose el decomiso sobre el producto indirecto, más precisamente sobre los bienes sustitutos.

(ii) También citaremos la saga *Alsogaray, María Julia*, sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, (31/5/2004) y de la Cámara

43. CSJN, 23/11/1962, *José Tibold y otros*, considerando 13.

44. CSJN, 26/6/1972, *Atlántida. S.R.L. c/ Naveira, José Antonio*, considerando 13.

45. CSJN, 11/12/1990, *Fiscal c/ Fernández, Víctor Hugo s/ av. infracción ley 20.771*, considerando 14.

46. CSJN, 5/3/1997, *Villegas, Ángel Ariel y otros s/ infracción ley 23.737 - causa n° 9160*, considerando 6.

47. CSJN, 19/5/1997, *Duart, Víctor c/ Banco Central de la República Argentina*, considerando 5.

48. CSJN, 15/7/1997, *Oddone, Luis Alberto s/ infr. arts. 172 y 173, inc. 7° C.P. (causa n° 8886)*, disidencia del Dr Bossert, considerando 5.

49. CSJN, 12/8/1997 *Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infracción a la ley 23.737*, considerando 13.

50. CSJN, 12/11/1998, *Fernández Prieto, Carlos Alberto y otro s/ infracción ley 23.737 causa n° 10.099*, considerando 19.

51. CSJN, 4/5/2000, *Acosta, Leonardo y otros*, considerando 5.

Nacional de Casación Penal, sala IV, (9/6/2005). En esta causa, el Tribunal Oral indicó que se amplió el ámbito del decomiso, incluyendo el concepto de ganancias del producido del delito. Como ya dijimos, adhirió a la interpretación no restrictiva del término efectos. Para aplicar el decomiso, se partió de la definición de patrimonio (citando el art. 2312 del Código Civil, como el conjunto de bienes de una persona) y por lo tanto “resulta irrelevante que esta pena accesoria se lleve adelante sobre dinero, bienes inmuebles o muebles (‘cosas’, en la terminología del art. 2311), o incluso objetos inmateriales susceptibles de valor”.⁵² Por su parte, la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal (9/6/2005) también adhirió a ZAFFARONI⁵³ en cuanto “efectos” son aquellos que se encuentren en el mismo estado o en otro diferente, como valor de uso o de cambio. Recalcó que el fundamento del decomiso está, además, en “la prevención, en orden a excluir la posibilidad de que de un delito castigado por el Estado resulte un remanente de lucro para el delincuente; es decir, que su principal sentido es el de impedir que el autor del ilícito penal pueda seguir disfrutando de lo que por él obtuvo, ya que carecería de sentido, como lo destaca el tribunal, imponer la pena y permitir que el delito siga produciendo sus efectos”.⁵⁴ Además, dijo que “decomiso cumple una **función reparatoria** del daño social causado” y es importante “otorgarle un sentido de restauración de la justicia y restablecimiento del equilibrio perdido, destinado a recuperar para la comunidad los activos obtenidos o utilizados en la comisión de delitos socialmente dañosos”, encontrando sustento el recuperero en el art.

(iii) El siguiente caso a comentar es *Dadone, Aldo y otros* (más conocido como “IBM-Banco Nación”), Acta Acuerdo de Juicio Abreviado de fecha 11 de noviembre de 2009 firmado por el Tribunal Oral en lo Criminal Fede-

52. Sin embargo, sabemos que se trataba de un tipo penal particular que tuvo un rol importante en el razonamiento del juzgador: “En el caso, el producido del enriquecimiento no justificado fue U\$S 500.000 y \$ 622.000 (...) la controversia acerca del objeto sobre el cual debe recaer el decomiso (...) no adquiere relevancia en el presente caso, en virtud de que el efecto de este delito, (...), resulta ser, en definitiva, el incremento patrimonial comprobado y no justificado”.

53. Ver *supra* nota 29.

54. DE LA RUA también menciona este fundamento. DE LA RUA *ob. cit.*, p. 344.

ral N° 3. Aquí se trató sobre la comisión de diversas irregularidades acaecidas en el proceso licitatorio “Proyecto Centenario”, que tenía como finalidad la informatización del Banco de la Nación Argentina y que permitió la adjudicación del proyecto informático a la empresa IBM Argentina, habiéndose determinado la participación en los hechos de distintos funcionarios del Banco de la Nación Argentina, representantes de la firma IBM Argentina, como así también de distintos particulares, algunos de ellos representantes de firmas que también intervinieron en el proceso licitatorio; así como también, el ofrecimiento –por parte de los referidos particulares– y el pago de sumas de dinero a algunos directivos de la institución bancaria, a fin de que resultara adjudicada la firma en cuestión. Se decomisó la suma de U\$S 1.360.000 por valor equivalente de los fondos ilícitos que no pudieron ser decomisados de otra cuenta. En efecto, se decomisaron U\$S 2.800.000 de una cuenta, siendo que el monto de dinero en esa cuenta con probado origen ilícito era de U\$S 1.440.000. Ello no obstó al decomiso de la totalidad puesto que no se pudo incautar nada de otras cuentas con probado origen espurio de propiedad de la misma persona. Se dijo que “[e]n este sentido, no existe inconveniente alguno para que (...) **en concepto de reparación** en la medida de sus posibilidades del perjuicio causado, se afecte a los fines del decomiso a la totalidad del dinero” (el resaltado nos pertenece). El Tribunal citó la doctrina de CSJN ya expuesta y resaltó la importancia del recupero de activos.

(iv) Otro caso importante a señalar es la causa N° A-5/09, *Altamira, Jorge Guillermo*, de fecha 15 de diciembre de 2009, donde el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba, de manera explícita, diferenció decomisos sobre productos directos e indirectos, como resulta de la parte dispositiva de la sentencia, que transcribimos: “11) Proceder (...) al decomiso de los automóviles New Betlee, dominio GSE 995, Ford Ranger, dominio CST 407, de la mesa de pool y del fondo de comercio del restaurante “Como en Familia” por tratarse de **bienes provenientes de la actividad delictiva** de Jorge Guillermo Altamira y Magali Vallejo (art. 278 inc. 4 del C.P); del automóvil Fox Cross dominio GAY 341, **por tratarse de un instrumento del delito**, como así también el decomiso de las balanzas marcas Elvar y Tissot y la suma de \$5.580 secuestrada en la calle Lola Mora s/n esquina San Jerónimo de esta ciudad, en atención a que el mismo es considerado **producto de la actividad ilícita** llevada adelante por la imputada María

Dolores Suárez. (art. 30 de la ley 23.737 y 23 del C.P), y de la mercadería secuestrada en el local comercial de calle Estados Unidos N° 5359 y de la vivienda de Granadero Toba N° 3647, por ser **instrumento del delito** (art. 23 aplicable supletoriamente en virtud del art 4 del C.P)” (resaltado nos pertenece). Esta sentencia constituye una de las dos únicas condenas sobre LA en nuestro país hasta la fecha.⁵⁵

(v) El 18 de agosto de 2010, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el caso N° 12.181 *Cossio, Ricardo Juan Alfredo*, realizó un cálculo del tipo “*gross – model*”⁵⁶ para cuantificar el monto de las medidas preventivas. En efecto, la Sala calculó el monto sobre todo el precio del contrato, y no sólo por lo excesivo.⁵⁷ Además, la Sala señaló que “en su calidad de objeto del delito (...) ante el eventual dictado de una condena, podría ordenarse la restitución del importe en cuestión, en los términos de lo previsto por el art. 29 del C.P.” Vemos que aquí el fundamento de la medida se basó, no en un futuro decomiso, sino en una restitución.

(vi) El 31 de agosto de 2010, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Correccional Federal, en el caso N° 43.214 *Vago*,

55. La otra causa es del Tribunal Oral en lo Penal Económico Nro. 2, 27/06/2011, *Acosta Aguilera, Luz María y Guzmán Ramírez, Francisco Javier s/contrabando e infr. art. 278 inc. 3 y 277 inc. 3*.

56. Ver *supra*, nota 17.

57. En el considerando II del voto del juez Augusto M. Diez Ojeda surge su razonamiento: “...comenzaré por señalar que la ganancia excesiva que las empresas integrantes de la U.T.E. I.B.M.-Banelco habrían percibido indebidamente, con motivo de la maniobra ilícita investigada en autos, es el reverso del precio, presuntamente irrazonable, pagado por la D.G.I. como contraprestación por la provisión de los aludidos sistemas informáticos. En otras palabras, el importe dinerario que, con ese doble carácter, habría quedado comprometido en la transacción constituye el objeto de la transferencia patrimonial que habrían efectuado los agentes del organismo recaudador imputados en autos, como consecuencia de la obligación abusiva que le habrían hecho contraer previamente al ente con la suscripción de los contratos correspondientes.

En ese orden de ideas, el monto dinerario correspondiente a esos fondos delimita, por un lado, el alcance del perjuicio patrimonial que la figura de defraudación en perjuicio de la administración pública, por la que fueron requeridos a juicio los encausados, exige como requisito típico (...). Y, por otro lado, configura el objeto del delito en cuestión”.

Gustavo confirmó la medida cautelar impuesta por el Juzgado Federal N° 7, Secretaría N° 13, en cuanto dispuso trabar embargo preventivo sobre los bienes de Skanska S.A hasta cubrir la suma de \$ 17.323.926,46. Lo relevante a nuestros efectos es que a la empresa se la embarga, en miras a un eventual decomiso, por el accionar de sus empleados y se calcula el monto en función “de los beneficios que habría percibido la empresa en orden a las maniobras investigadas y, en consecuencia, en relación con los sobrepagos que habría percibido”. Más precisamente, el tribunal dispuso que la ley material impone “como uno de sus propósitos, **la reposición al estado anterior del delito**, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias (art. 29, inc. 1 C.P., según ley 25.188) y así la **recuperación de activos provenientes de hechos de corrupción y la eliminación de sus consecuencias** (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción), nada obsta a que se dicten, durante su sustanciación, medidas cautelares para asegurar esa finalidad (...)”

El juez también tomó como argumento lo expresado en los antecedentes parlamentarios (cita LL-2000-A, “Antecedentes Parlamentarios”, párrafo 13, pp. 693-694), ya que el sentido de la modificación paralela del art. 23 y del art. 29 –con el consecuente cambio del art. 30 del C.P.– fue específicamente expuesto por el diputado encargado de informar al cuerpo legislativo el proyecto de reformas penales de la Ley. Así, éste expuso que: “...Uno de los propósitos de esta norma es decomisar la ganancia que pudo obtener el funcionario corrupto o que haya delinquido contra el Estado. ¿Por qué se plantea el decomiso de la ganancia? Porque en el texto actual de la ley se habla de los efectos provenientes del delito, y la jurisprudencia entendió de un modo restrictivo esta expresión. Con el objeto de que el funcionario que delinque contra el Estado no pueda gozar de la ganancia que ha obtenido se propicia el decomiso de aquélla. En el campo privado, por medio de la acción de daños y perjuicios, el particular puede demandar por el monto de la ganancia que el delincuente haya obtenido, más allá de los efectos del delito. En cambio, en el campo de los delitos contra la administración esto no resulta tan fácil, porque en muchos casos es difícil acreditar el perjuicio concreto del Estado. Por esta razón se opta por la figura del decomiso.”

(vii) La misma Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Correccional Federal en el caso N° 44.244 *Jaime, Ricardo y otros*, de fecha 5 de octubre de 2010 se dispuso el embargo sobre bienes de 6 per-

sonas, por el monto de \$ 40.000.000 sobre 8 bienes inmuebles, un avión y una embarcación. La Sala reiteró sus argumentos en Vago en cuanto a la reposición al estado anterior del delito, las restituciones y demás medidas necesarias, logrando así la recuperación de activos, ordenando a tal fin las medidas cautelares correspondientes para asegurar el eventual resultado.

(viii) En un reciente fallo de fecha 10 de agosto 2012, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 de San Martín, en la causa nro. 2560, *Juan Jesús Espinoza y otros*, conocida como la causa del “Rey de la Efedrina”, se dispuso el decomiso de armas y teléfonos y dinero en efectivo (u\$s 60.000; £3.500; € 316.210), cuatro relojes de lujo, barras y lingotes de oro, once vehículos, la mayoría de lujo y nueve inmuebles, evidentemente, como producto indirecto de los delitos comprobados de la causa.

(ix) Por último, si bien no es jurisprudencia, no podemos obviar las Resoluciones N° 129/2009 (6/10/2009) y 134/2009 (13/10/2009) emitidas por el Procurador General de la Nación, indicando a los fiscales que adopten todas las medidas necesarios para lograr el objetivo de recuperar los activos mal habidos en base a los artículos 23, 29 y 30 del CP, específicamente, con medidas cautelares desde el inicio de las investigaciones.

V. Conclusiones

a) En primer lugar, bregamos por una interpretación que vaya más allá de la mera literalidad de los términos jurídicos, ello con el objetivo de fortalecer la cooperación internacional en la lucha contra el LA, que como en el caso que nos ocupa, puede prestarse a confusión en distintos sistemas jurídicos.

b) En ese orden de ideas, cuando internacionalmente se habla de *confiscation*, en el lenguaje jurídico doméstico proponemos que no sea automáticamente entendido como *decomiso*, sino como *confiscación* (repetimos que sin referimos en absoluto a la pena prohibida por nuestra CN) en el sentido de sistema o régimen destinado al recupero de activos resultantes de delitos, es decir, como *genérico* de decomiso, reparación, indemnización, restitución y reposición al estado anterior.

c) Así, la *confiscación* de los productos del delito – directos e indirectos – puede operar en la forma de cualquiera de las *especies* mencionadas, a los efectos de las recomendaciones internacionales.

d) Por lo tanto, la crítica de los organismos internacionales en cuanto al punto de la *confiscación* del producto indirecto del delito puede entenderse superada:

d') La nueva redacción de la normativa referida al *decomiso* no deja margen de duda en cuanto puede aplicarse sobre *instrumentos, ganancias, provecho, producto* y *efectos* del delito, abarcando por ende, al producto directo e indirecto del delito.

d'') La jurisprudencia no es unánime ni pacífica en invocar los institutos jurídicos por medio de los cuales se procede a recuperar los bienes y ganancias obtenidas por delitos. No obstante, sea en carácter de decomiso, restitución, reparación o reposición al estado anterior, puede observarse que efectivamente en Argentina se cuenta con los medios legales suficientes para proceder a la *confiscación* del producto directo e indirecto del delito.

El Mercosur necesita su Maastricht

*Santiago Deluca**

Introducción

Desde mediados de la década del 90 a la fecha no han sido pocas las voces que sostienen la necesidad de revisión de los Tratados del Mercosur, en pos de una reorganización institucional, económica y jurídica del bloque que le permita avanzar en el cumplimiento de los objetivos primigeniamente fijados.¹

Sin embargo, más allá de lo acertado de estas posturas que exigen dotar de mayor eficiencia y eficacia a los órganos del Mercosur, llevar a cabo una reorganización de los esquemas y programas de integración económica y una modificación en la forma establecida para la toma de decisiones, tanto como a la metodología de incorporación normativa por los Estados Parte, todos estos análisis pasan por alto un dato de relevancia.

Es que si se toma en consideración la evolución del bloque, resulta imperioso señalar también la necesidad de una reorganización política que defina con claridad las distintas aristas que se desprenden de la existencia misma del Mercosur. Y para ello se requiere su reconocimiento y regulación expresa en forma preliminar.

* Santiago Deluca Doctor en Derecho. Adjunto interino de Derecho de la Integración, Facultad de Derecho, UBA. Especializado en Relaciones Internacionales, en Derecho de la Competencia Europeo y Español y, en Administración y Gestión de Instituciones Públicas. Ex Secretario del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

1. Sobre el particular MAITO, M.A, *Reformulación de las instituciones para la eficacia del Mercosur en la integración económica*, La Ley, 1ra. Ed., 2011, pp. 1-3, entre muchos otros.

En tal sentido, el Laudo N°1/2012 del Tribunal Permanente de Revisión (TPR) en el marco de la presentación de la República del Paraguay bajo el procedimiento de urgencia por la cual cuestionó la legalidad de la decisión de Argentina, Brasil y Uruguay de suspenderlo en sus derechos como Estado Parte del Mercosur en aplicación del Protocolo de Ushuaia e incorporar en forma definitiva a la República Bolivariana de Venezuela como Estado Parte “pleno” del bloque, puso al descubierto la afirmación precedente.

En este contexto, el presente trabajo se orienta al análisis de la jerarquía normativa del Mercosur a la luz de la pieza jurídica del TPR, para determinar aquellos aspectos que—sin lugar a dudas— representan avances de trascendencia dentro del marco jurídico-normativo del proceso de integración. Con el objetivo último de demostrar la necesidad de encarar una reorganización normativa general que dote al Mercosur de una base jurídica sólida, capaz de encauzarlo en la medida de los requerimientos actuales.

1. Consideraciones preliminares: fuentes del derecho del Mercosur

Como ya he tenido oportunidad de referir,² el núcleo central y cuantitativamente preponderante de las fuentes del derecho del Mercosur está representado por lo que se conoce como *fuentes primaria*, que nos ubica frente al Tratado de Asunción (tratado constitutivo, TA)³ y sus Protocolos Adicionales. Y *fuentes derivadas*, conformadas por las normas contenidas en los actos adoptados por sus Órganos en aplicación de dicho Tratado y sus Protocolos.

Pero además, debe reconocerse la existencia de aquel otro derecho constituido por el conjunto de normas aplicables en el ordenamiento jurídico del Mercosur —incluso no escritas— que se traducen en actos atípicos o *sui generis*, como los principios generales del derecho o la jurisprudencia, o cuyo origen es exterior al ordenamiento jurídico del bloque, como el derecho surgido de las relaciones exteriores o el derecho complementario ema-

2. DELUCA, S. *UNIÓN EUROPEA y MERCOSUR: los efectos del derecho comunitario sobre las legislaciones nacionales*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, cap. II.

3. En adelante TA.

nado de los actos convencionales celebrados entre los Estados Parte para la aplicación del TA.

En este sentido, a los efectos de permitir el correcto desarrollo del proceso de integración, el Protocolo de Ouro Preto⁴ enumera taxativamente las fuentes jurídicas del Mercosur, fija una prelación normativa y establece un orden. Es decir, una imposición racional entre las normas que lo integran y una relación de subordinación y jerarquía,⁵ clasificándolas en tres grupos diferentes.⁶

1.1. El derecho originario del Mercosur

El TA junto a los Protocolos adicionales y demás acuerdos suscritos por el Mercosur que lo modifican y complementan constituyen las fuentes de derecho primario u originario. Todos estos instrumentos integran lo que en la doctrina se ha denominado “normas constitucionales de la comunidad”.⁷

Esta norma originaria es de carácter jurídico-internacional. Por ello se debe entender que desde el punto de vista material se fundamenta en el consentimiento estatal, formado a través de los procedimientos constitucionales de cada uno de los Estados miembros e instrumentado a través de la manifestación del consentimiento prevista en el sistema jurídico internacional para los Tratados celebrados en forma solemne.⁸ Pero desde el

4. En adelante POP.

5. SAN MARTINO DE DROMI, M.L. *De la nueva historia del Derecho. A propósito del objeto, método y fuentes del Derecho del MERCOSUR*, Ciudad Argentina, 1997, p. 100.

6. JARDEL, S., BARRAZA, A. *MERCOSUR: aspectos jurídicos y económicos*, Ciudad Argentina, 1998, pp. 83-85. Resultan interesantes los planteos y cuestionamientos que efectúan los autores respecto de la implicancia y finalidad de la enumeración que lleva a cabo el artículo 41 POP.

7. DROMI, R., EKMEKDJIAN, M.A., RIVERA, J.C., *Derecho comunitario: régimen del MERCOSUR*, Ciudad Argentina, 2da. Ed, 1996, pp. 148-149.

8. Profundizar en PEROTTI, A. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, Fundación Konrad Adenauer, 2004.

Asimismo, se recomienda la lectura de KLEIN VIEIRA, L., “La reforma de las constituciones de los Estados Partes del Mercosur”, en LL de 25 de julio de 2012, pp. 4-7, toda vez que la autora además de plasmar sus conclusiones sobre el análisis efectuado realiza

punto de vista formal, por el contrario, nos encontramos frente a normas convencionales internacionales sujetas a las reglas del derecho internacional en materia de tratados, es decir a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.⁹

Por su parte, el Tratado, en cuanto “constitución comunitaria”,¹⁰ es la norma suprema que sirve tanto de parámetro de validez como de interpretación del ordenamiento jurídico comunitario y del derecho nacional con él conectado, salvo en lo concerniente a los propios textos constitucionales internos que, soportes del texto constitucional comunitario por cuanto en ellos está el origen de la integración de cada Estado miembro, pueden dar lugar en caso de incompatibilidad a situaciones extremas de denuncia del Tratado o de reforma constitucional interna.

Por último, corresponde destacar que el TA junto a los instrumentos que lo complementan es un tratado-marco o tratado institucional. De tal manera, implanta un ámbito de integración económica general, limitándose en sus preceptos a establecer un marco institucional que habrá de completarse posteriormente por normas de alcance más concreto que aproximen la regulación del Tratado a las realidades en él contempladas.¹¹

una minuciosa labor de investigación en torno a las diferentes posturas imperantes en la doctrina de los Estados Parte del Mercosur.

9. Suscripta el del 23 de mayo de 1969.

Sobre el tema MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, 2da. Ed., 1999, pp. 170-171; FLOREAL GONZÁLEZ, F., “MERCOSUR: un orden jurídico debilitado y dispar. La necesidad de un cambio”, en L.L., año LXIV, N° 61, p. 2.

10. ALONSO GARCÍA, R. *Derecho Comunitario: sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces., 1994, p. 213. Por su parte, tratándose de un análisis ajustado al Mercosur, entiéndase que al hacer referencia al término comunidad o comunitario no se alude al derecho comunitario, sino al concepto o idea de un todo o esquema de integración que no por ello le son aplicables los principios surgidos de aquellos modelos de carácter supranacional –por caso la UE o la CAN.

11. MOLINA DEL POZO, C.F., *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, Trivium, 2da. Ed., 1997, p. 456. Concordantemente, aunque respecto del caso europeo, ha expresado que “...cabe preguntarse ¿cuál es la naturaleza de las disposiciones que se contienen en los Tratados? En primer lugar, el Tratado C. E. C. A. es un Tratado-ley, es decir, que contiene disposiciones materiales que forman un conjunto completo y coherente. En otras palabras, las modalidades de integración carbón-acero encuentran directamente

Comentario aparte merece el caso particular de algunos Protocolos Adicionales al TA. Al respecto, desde la creación del Mercosur se han firmado y ratificado una gran cantidad de instrumentos jurídicos, Protocolos entre ellos, que si bien se ven revestidos de todas las características que el derecho internacional prevé para su validez, no es posible incluirlos dentro de lo que se considera el derecho primario u originario.

En efecto, tales instrumentos, más allá de poseer una indudable trascendencia jurídica y política, han adquirido una naturaleza que lleva a incluirlos dentro de las denominadas fuentes derivadas; aunque estrictamente no lo sean. Ya que estos Protocolos poseen un carácter instrumental con el fin último de dotar de operatividad al proceso de integración o de armonizar jurídicamente la legislación de los Estados Parte y no definirlo.¹²

1.2. El Derecho Derivado del Mercosur

Como se dijo al comienzo de este apartado, los actos unilaterales de los Órganos del Mercosur constituyen el segundo conjunto de fuentes de derecho. Se trata en el caso de derecho convencional sino de un derecho legislado. A ese conjunto de actos que se produce como consecuencia de las

sus fuentes en el Tratado C. E. C. A. El segundo lugar [...] el Tratado C. E. E. es un Tratado-marco. Es decir, fija los objetivos mientras que los modos de realización deberán ser precisados mediante actos concretos de las Instituciones comunitarias. Se trata, por tanto, de un Tratado redactado en términos muy amplios y que posteriormente ha de irse desarrollando en todos y cada uno de los aspectos que en el mismo se relacionan, a fin de hacer efectivos y alcanzar los objetivos y fines que en él se contienen [...] sólo va a ser un marco en el que se refleja el amplio contexto dentro del cual habremos de situarnos para lograr encauzar la consecución de los fines previstos [...] En tercer lugar, el Tratado C. E. E. A. es un Tratado mixto en cuanto a la naturaleza de sus disposiciones; de una parte es un Tratado-marco y de otra es un Tratado-ley...”

12. RUIZ DÍAZ LABRANO, R., *MERCOSUR. Integración y Derecho*, Ciudad Argentina, 1998, pp. 522-523.

Sólo a modo de ejemplo pueden citarse el Protocolo de Las Leñas sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa –de 27 de junio de 1992–, el Protocolo de Buenos Aires relativo a integración educativa y reconocimiento de certificados, títulos y estudios de nivel primario y medio no técnico –de 5 de agosto de 1994– o, el Protocolo de Asunción relativo a la armonización de normas sobre propiedad intelectual –de agosto de 1995, entre muchos otros.

competencias atribuidas por el TA y sus Protocolos adicionales a los Órganos, comúnmente se denomina derecho secundario o derivado.¹³ Este tipo de normas se encuentran previstas por el POP en diversas partes de su articulado, estableciendo los Órganos capacitados para emitirlos y el carácter con el que cada una de ellas se ve investida.¹⁴

Adoptando un criterio representado por la importancia o jerarquía del Órgano que las emite, se encontrará en primer término a las Decisiones. Normas de mayor jerarquía que representan la expresión por la cual se manifiesta el Consejo Mercado Común,¹⁵ que al emanar del órgano político del Mercosur regulan todos aquellos aspectos fundamentales que hacen a la consolidación del Mercado Común.¹⁶ Estas normas son “*obligatorias para todos los Estados Parte*”,¹⁷ peculiaridad que al relacionarla con el artículo 42 POP¹⁸ no hace más que reafirmar la primacía y obligatoriedad que revisten en el ámbito jurídico del proceso de integración.¹⁹

13. El derecho derivado se encuentra constituido por los actos emanados de los Órganos del bloque, aunque no todos estos actos son jurídicamente vinculantes ni todos los actos vinculantes son propiamente normativos.

14. Si bien seguidamente me referiré a estas normas de derecho derivado, véanse, acaso, los artículos 10 y 13 T A o 9, 15 y 20 POP.

15. En adelante CMC.

16. SAN MARTINO DE DROMI, M.L., *op. cit.*, pp. 108-109.

Ejemplos de lo expuesto las CMC/Decs. N° 6/99 sobre Coordinación de Políticas Macroeconómicas, N°17/98 sobre Reglamentación del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, N°3/98 respecto del Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, N°17/97 sobre la Eliminación de Restricciones No Arancelarias o N° 25/97 relativa a la Prórroga de la vigencia del “Plan Trienal para el Sector Educación en el Contexto del MERCOSUR”.

17. Artículo 9 POP.

18. Artículo 42 POP “Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el art. 2° de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.”

19. Aunque como tuvo oportunidad de afirmar el Tribunal Permanente de Revisión en ocasión de emitir la Opinión Consultiva N°1/2008, reiterado en la Opinión Consultiva N° 1/2009, en su Apartado N° 34, esta primacía normativa se verifica “...desde su ratificación, incorporación o internalización, según sea el caso, respecto de toda disposición interna de los Estados Parte que le sea contrapuesta sobre materias de la competencia

Luego aparecen las Resoluciones del Grupo Mercado Común,²⁰ que junto a las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur²¹ ocupan el segundo rango en cuanto a su importancia jurídica. En su carácter de “autoridad ejecutiva”,²² el GMC se ve obligado a emitir resoluciones que abarcan un vasto espectro de materias relacionadas con asuntos generales, institucionales, económicos o reglamentarios. De tal manera, acoge las medidas necesarias para el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el CMC, fija programas de trabajo, se pronuncia en materia financiera y presupuestaria, regula las cuestiones que hacen a la circulación de las personas, bienes, capitales y servicios entre los países miembros y en relación con terceros, etcétera.²³

En definitiva, las resoluciones procuran, y ésta es la idea subyacente, ordenar el intercambio entre los Estados parte no sólo para favorecer el comercio sino también para alcanzar la calidad del producto y la protección del consumidor.²⁴ No obstante, resulta adecuado agregar que no sólo fines exclusivamente económicos son los que ocupan la actividad normativa del GMC, ya que éste también se pronuncia sobre aspectos sociales, culturales y de las más diversas índoles.²⁵

legislativa del Mercosur”. Es decir, en tanto y en cuanto la norma se encuentre vigente.

20. En adelante GMC.

La prelación jerárquica está determinada por el hecho de ser el GMC el órgano ejecutivo del Mercosur. Desprendiéndose el fundamento de ello del artículo 10 POP que establece textualmente “El Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del MERCOSUR” y, en tal sentido, conforme a su artículo 15 “...se pronunciará mediante resoluciones...”

21. En adelante CCM.

22. DROMI, R., EKMEKDJIAN, M.A., RIVERA, J.C., *op. cit.*, p. 154, entre otros.

23. Respecto de las funciones del Grupo Mercado Común, JARDEL, S.; BARRAZA, A., *op. cit.*, pp. 77-78; BARÓN KNOLL DE BERTOLOTTI, S., *Administración y gobierno del MERCOSUR*, Depalma, 1997, pp. 123-125; RIMOLDI DE LADMANN, E., “La estructura institucional a partir del Protocolo de Ouro Preto” en *MERCOSUR y Comunidad Euro-pea*, Ciudad Argentina y Depto. Publicaciones de la FCJS UBA, 1995, pp. 211-212.

24. SAN MARTINO DE DROMI, M.L., *op. cit.*, p. 110.

25. Al respecto, tal vez sirva de guía tener presente las GMC/Res. N° 15/99 por la que se crea la Comisión Social Laboral del MERCOSUR, GMC/Res. N° 40/98 relativa a las características comunes que deberán tener los pasaportes, GMC/Res. N° 76/98 sobre la reunión especializada de autoridades de aplicación en materia de drogas, prevención de

Las resoluciones “serán obligatorias para los Estados Parte”²⁶ y “cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país”.²⁷ Consecuentemente, a fin de evitar reiteraciones, sólo resta reiterar al respecto la postura adoptada sobre esta cuestión al hablar de las decisiones del CMC.

El eslabón inferior de la prelación jerárquica lo ocupan las directivas, emitidas por el otro “brazo ejecutor”,²⁸ es decir por la CCM. Al igual que sucede con las dos normas analizadas anteriormente, se ven revestidas de obligatoriedad para los Estados Partes los cuales, cuando sea necesario, deberán internalizarlas de acuerdo a los procedimientos de sus propios sistemas legales internos.²⁹

Finalmente, aunque no recogidas en el TA ni en el ya referido artículo 41 del POP se encuentran las recomendaciones, dictámenes y propuestas. Este tipo de norma, que se presenta como una de las formas más comunes de la actividad consultiva, son declaraciones unilaterales realizadas en ejercicio de la actividad administrativa que desempeñan los Órganos del Mercosur para llevar adelante el proceso de integración, careciendo de todo tipo de efecto jurídico directo o inmediato.³⁰ En definitiva, sólo valen como consejos o manifestaciones de la opinión de los Órganos que las emiten respecto de una cuestión determinada.

No obstante, no puede negarse la existencia de referencias expresas a tales elementos por parte de diferentes artículos del POP, ni la utilidad que representan en la práctica en el desarrollo cotidiano de los diferentes Órga-

su uso indebido y rehabilitación de drogadependientes, GMC/Res. N° 20/98 relativa a la reunión especializada de la mujer, GMC/Res. N° 7/98 sobre emergencias medioambientales

26. Artículo 15 POP.

27. Nuevamente se recurre al artículo 42 POP.

28. SAN MARTINO DE DROMI, M.L., *op. cit.*, p. 110.

Artículo 20 POP “La Comisión de Comercio del MERCOSUR se pronunciará mediante directivas o propuestas. Las directivas serán obligatorias para los Estados Partes”.

29. También definido por el artículo 42 POP.

30. Concordantemente, DROMI, R., EKMEKDJIAN, M.A., RIVERA, J.C., *op. cit.*, p. 154; SAN MARTINO DE DROMI, M.L., *op. cit.*, pp. 110-111.

nos mercosureños. De tal manera, el propio artículo 20 POP al expresar los medios por los que se debe manifestar la CCM establece que a la par de las directivas también lo hará mediante propuestas, aunque a su respecto guarda silencio en cuanto a su obligatoriedad.³¹

No obstante la regla general expuesta para este tipo de normas, es de hacer notar que no todas ellas carecen de carácter vinculante. Puede encontrarse una excepción en los dictámenes clasificatorios emitidos por los Comités Técnicos de la CCM, los cuales luego son aprobados por la propia CCM mediante sus directivas.³²

2. Inserción del Protocolo de Ushuaia en el esquema jurídico del Mercosur

Tal como se viene exponiendo, las normas jurídicas del Mercosur se clasifican en originarias, derivadas y atípicas o *sui generis*. Dentro de las primeras se encuentra el TA y una serie de Protocolos Adicionales que definen –o definieron– los objetivos económico-comerciales, el sistema normativo, la estructura orgánica y el sistema de solución de controversias. Más concretamente el Protocolo de Ouro Preto,³³ el Protocolo de Brasilia,³⁴ el Protocolo de Olivos³⁵ y el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur.³⁶

Por su parte, se aclaró que si bien ciertos Protocolos adicionales al TA desde el punto de vista formal son normas de carácter originario, al considerarse su contenido, estructura, alcance e instrumentación en realidad

31. Casos concretos de este tipo de manifestaciones pueden encontrarse cuando en virtud de sus competencias propone al GMC nuevas formas o modificaciones a las normas existentes en materia comercial y aduanera (artículo 19, párrafo 7 POP)

32. En este sentido, se recomienda ver la CCM/Dir N° 6/95 sobre dictámenes de clasificación arancelaria en relación a la Recomendación N° 7/95 del Comité Técnico 1 relativa a “Aranceles, Nomenclatura y Clasificación de Mercaderías”. O la CCM/Dir. N° 19/95 relativa a la “opinión consultiva 8.1. del Comité Técnico de Valoración en Aduana”.

33. Suscripto el 17 de diciembre de 1994.

34. Suscripto el 17 de diciembre de 1991.

35. Suscripto el 18 de febrero de 2002.

36. Suscripto el 9 de diciembre de 2005.

merecen ser considerados como instrumentos jurídicos particulares más cercanos a la categoría de norma derivada.³⁷

Y, finalmente, se presentaron los diversos tipos de norma derivada expresamente reconocidas como tales por el POP, destacando su prelación jurídica y grado de cumplimiento –obligatoriedad– para los Estados Parte y Órgano emisor.

Ahora bien, si se analizan en esta oportunidad los elementos referidos aplicados al Protocolo de Ushuaia, que incorporó al sistema normativo del Mercosur la denominada “*cláusula democrática*”,³⁸ podrá advertirse sin lugar a dudas que este instrumento jurídico reviste las características del derecho originario. Sin embargo, resulta interesante señalar que no sólo complementa al TA, sino que también incorpora al esquema una condición *sine qua non* para los Estados Parte y aquellos países que pretendan sumarse al bloque, que dista de tener relación directa con los objetivos comerciales del propio TA, la estructura institucional, su esquema normativo o su sistema de solución de controversias.

En efecto, el PU establece como condición esencial para el desarrollo del proceso de integración la *plena* vigencia de las instituciones democráticas,³⁹ delimitando su ámbito de aplicación a todas las relaciones resultantes de los acuerdos vigentes entre los Estados Parte cuando se verifique la ruptura del orden democrático en alguno de ellos.⁴⁰

Además, prevé que en el supuesto de verificarse la situación indicada se desplegará un procedimiento de consultas recíprocas entre los Estados Parte y entre éstos y el Estado Parte afectado.⁴¹ Consultas que en caso de resultar infructuosas darán lugar a aplicar medidas que –de acuerdo a la naturaleza, alcance y gravedad de la situación– abarcan desde la suspensión

37. Aunque siguiendo la letra expresa del POP y –más precisamente– sus artículos 9, 15 y 20, no cabría incluirlos en esta categoría de normas.

38. Suscripto el 24 de julio de 1998, del cual destaca particularmente su artículo 5 en lo que a este trabajo respecta. En adelante PU.

39. Artículo 1 PU.

40. Artículo 2 PU.

41. Artículos 3 y 4 PU.

del derecho a participar de los órganos del proceso de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes del proceso mismo.⁴²

En definitiva, nos encontramos frente a una nueva tipología normativa de carácter político-originario, que modifica sensiblemente los análisis y previsiones legales vigentes hasta el momento. Situación que lleva a afirmar que –en última instancia– si bien el PU nace como un Protocolo Adicional al TA, ha mutado para introducir en el núcleo duro o constitucional-constitutivo del Mercosur una condición de carácter eminentemente político cuya revisión en términos de mérito y conveniencia se sustrae al control jurisdiccional de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc o al del mismo Tribunal Permanente de Revisión.⁴³

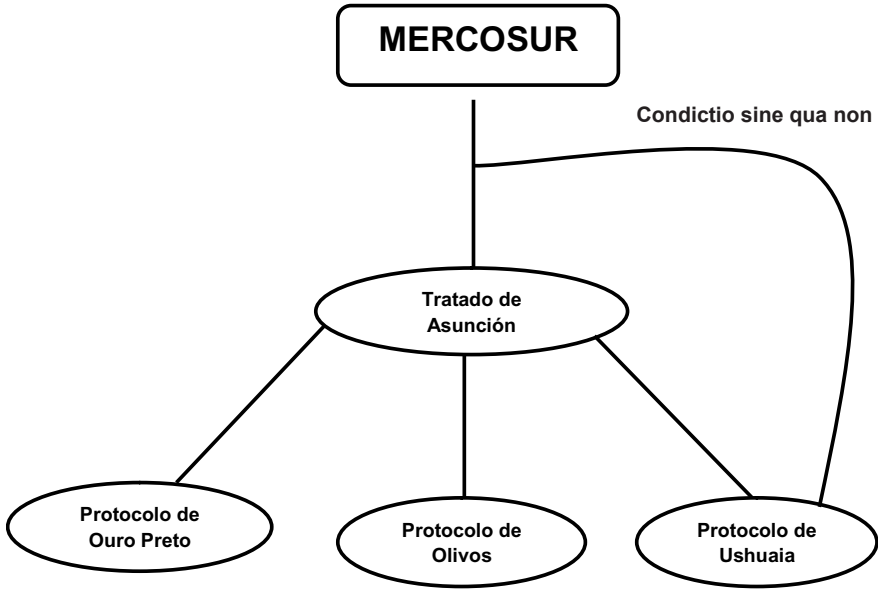


Gráfico 1

42. Artículo 5 PU.

43. En adelante TPR.

3. La suspensión de Paraguay y la incorporación de Venezuela

Introducido el planteo ajustado al procedimiento de casos excepcionales y de urgencia ante el TPR⁴⁴ por la República del Paraguay ante la férrea reacción de los presidentes de los restantes Estados Parte ante lo que consideraron un “*golpe de estado parlamentario*”, la primera circunstancia que merece destacarse –aún bajo riesgo de repetición– es que los únicos actos jurídicos normativos vinculantes del Mercosur son aquellos emanados de sus órganos con capacidad decisoria. Es decir, las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM.⁴⁵

Seguidamente, que a diferencia de lo que acontece en otros procesos de integración como el Europeo,⁴⁶ en el caso del Mercosur las Cumbres o reuniones de Jefes de Estado no se encuentran legalmente legitimadas como parte integrante del esquema institucional del bloque, pese a ser éstos –los Jefes de Estado– los responsables nacionales del desarrollo de la política exterior de sus países. En consecuencia, se trata de una práctica *ad hoc* cuya única función es dotar al proceso de impulso político.⁴⁷

Más aún, adviértase que pese a reconocer el PO diferentes fuentes de derecho invocables y aplicables a los casos en que pudiera entender y se vieran involucrados los Estados Parte, no se recogió la posibilidad de que los Órganos del Mercosur o los gobiernos de sus Estados Parte recurran a

44. CMC/Dec. N° 23/04, reglamentaria del art. 24 del Protocolo de Olivos (PO).

45. En tal sentido, el artículo 2 POP “Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR.”

Y, como ya se ha señalado, obsérvense también los artículos 9, 15 y 20 POP.

46. Incorporado al esquema institucional de la Unión Europea como consecuencia de las reformas introducidas al Tratado de la Unión Europea por el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007 –artículo 13 del TUE.

47. Repárese que el propio POP en su artículo 1 prevé que “La estructura institucional del MERCOSUR contará con los siguientes órganos: I - El Consejo del Mercado Común (CMC); II - El Grupo Mercado Común (GMC); III - La Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM); IV - La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC); V - El Foro Consultivo Económico-Social (FCES); VI - La Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM).” Y en su párrafo único final que “Podrán ser creados, en los términos del presente Protocolo, los órganos auxiliares que fueren necesarios para la consecución de los objetivos del proceso de integración.”

normas *sui generis* para extender la responsabilidad jurídica –y consecuentemente obligatoriedad de dicho acto– a casos que no se encuentren expresamente previstos por el TA y sus Protocolos adicionales.⁴⁸

Por ende, cabría concluir que la suspensión impuesta a Paraguay por medio de una resolución de los presidentes de los restantes Estados Parte carecería de legitimidad jurídica. Es decir, no existió un acto jurídico normativo expreso que dispusiera tal suspensión, sólo se contó con un pronunciamiento carente de validez y legitimidad jurídica.

Pero si se acepta que ese acto *sui generis* de carácter eminentemente político es válido como generador de obligaciones y derechos de forma especial, así como en otros supuestos se ha aceptado la legitimidad de la creación de derechos y obligaciones producto de los acuerdos con terceros Estados y bloques de integración con los cuales se vincula el Mercosur, no debe perderse de vista que la suspensión lo fue sólo en los derechos –participación, voto y veto– y bajo estricto cuidado de no afectación económica o comercial al Paraguay.

En consecuencia, resulta imposible conculcar el derecho adquirido por el Paraguay para vetar el ingreso a Venezuela, cuyo Protocolo de Adhesión se suscribió en fecha anterior a su suspensión.⁴⁹ Circunstancia que no sólo

48. Artículo 34 PO “1. Los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* y el Tribunal Permanente de Revisión decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones del Consejo del Mercado Común, a las Resoluciones del Grupo Mercado Común y a las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR así como a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia.

2. La presente disposición no restringe la facultad de los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* o la del Tribunal Permanente de Revisión cuando actúe en instancia directa y única, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de decidir la controversia *ex aequo et bono*, si las partes así lo acordaren.”

A lo cual agrega el artículo 41 POP “Las fuentes jurídicas del MERCOSUR son: I - El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios; II - Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos; III - Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.”

49. Firmado en la ciudad de Caracas el 4 de julio de 2006, incorporado legislativamente por Argentina, Brasil y Uruguay y pendiente de aprobación por parte del Congreso de la República del Paraguay.

no se adecúa a los parámetros establecidos por el mecanismo de vigencia simultánea de las normas del Mercosur,⁵⁰ sino que tampoco se encuentra habilitada por norma alguna de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.⁵¹

Así pues, la incorporación de Venezuela al Mercosur resulta ilegítima, aun ante la posibilidad de considerar que mantener la situación de prolongación en el tiempo del trámite parlamentario requerido para ratificar el Protocolo de Adhesión podría cuestionarse jurídicamente bajo los términos de la mencionada Convención de Viena.⁵²

Por último, en cuanto a la procedencia de dicho reclamo, no puedo más que sostener que de haber contado Paraguay con el acuerdo previo de los demás Estados Parte no hubiera cabido duda de su procedencia, toda vez que el propio PO y el procedimiento especial al que se acudió establecen la jurisdicción del TPR en supuestos como el que nos ocupa.⁵³

50. Artículo 40 POP “Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el Artículo 2 de este Protocolo, deberá seguirse el siguiente procedimiento:

- i) Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;
- ii) Cuando todos los Estados Partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR comunicará el hecho a cada Estado Parte;
- iii) Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas por intermedio de sus respectivos diarios oficiales.”

51. Firmada el 23 de mayo de 1969 en la ciudad de Viena y actualmente vigente respecto de los cuatro Estados Parte del Mercosur.

52. Artículo 18. Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor “Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

- a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado...”

53. Art. 2 - Cualquier Estado Parte podrá recurrir ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) bajo el procedimiento establecido en la presente Decisión “...siempre que se

Esta ausencia, sumada a la interpretación de mayoría dada por el TPR respecto de la exigencia de verificación de los requisitos de admisibilidad previstos por CMC/Dec. N°23/04 en forma taxativa,⁵⁴ privó a Paraguay de contar con un pronunciamiento jurisdiccional que respondiera con la celeridad que el caso requería.⁵⁵

cumplan los siguientes requisitos:

a.- que se trate de bienes perecederos, estacionales, o que por su naturaleza y características propias perdieran sus propiedades, utilidad y/o valor comercial en un breve período de tiempo, si fueran retenidos injustificadamente en el territorio del país reclamado; o de bienes que estuviesen destinados a atender demandas originadas en situaciones de crisis en el Estado Parte importador;

b.- que la situación se origine en acciones o medidas adoptadas por un Estado Parte, en violación o incumplimiento de la normativa MERCOSUR vigente;

c.- que el mantenimiento de esas acciones o medidas puedan producir daños graves e irreparables;

d.- que las acciones o medidas cuestionadas no estén siendo objeto de una controversia en curso entre las partes involucradas.”

54. Considerandos 48 a 52 y Punto dispositivo 3 del Laudo N° 1/2012 del Tribunal Permanente de Revisión en el procedimiento excepcional de urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la incorporación de Venezuela como miembro pleno, de 21 de Julio de 2012.

En adelante el LAUDO.

55. Así lo se reflejó en los considerandos 63 a 65 del LAUDO la posición de la minoría “63. En esta opinión, se sostiene que si los Estados Parte demandados a través de sus Jefes de Estado, interpretando el PU, han adoptado una decisión que excluye a Paraguay de participar en los órganos del MERCOSUR, y si el Estado afectado no puede iniciar los procedimientos para una instancia previa al TPR, resulta admisible considerar que estaría habilitado a recurrir de forma directa y no necesariamente por la vía de la Decisión 23/04 en situaciones excepcionales de urgencia.

64. Conforme a la misma opinión, sin entrar a analizar en esta etapa la legalidad o no de la decisión por la cual se suspende a Paraguay, situación que no excluye su condición de Estado Parte, son inadmisibles situaciones en que se desconozca por vía de hecho esta condición o que se impida o imposibilite su acceso al sistema jurisdiccional previsto para el MERCOSUR.

65. Culmina esta opinión minoritaria considerando que resulta evidente que un órgano con vocación y competencia jurisdiccional para resolver los conflictos de los Estados Partes, según el art. 1 del PO, en la situación señalada, debe entender en las medidas excepcionales y de urgencia y expedirse respecto a la legalidad o no de las decisiones de suspensión y de la incorporación de otro Estado como miembro pleno sin haber Paraguay ratificado su incorporación.”

No obstante, por la importancia que reviste para el objetivo planteado en este trabajo, corresponde destacar la interpretación efectuada por el propio TPR al alcance de su potestad jurisdiccional para analizar la legalidad y forma de los actos desplegados por los Estados o los Órganos del Mercosur en asuntos de carácter estrictamente político –aunque no así en cuanto al mérito y conveniencia–. Es decir, al declarar que el PU es justiciable y cuál es límite de esa indagación jurisdiccional.

En tal sentido el TPR afirmó:

*“La jurisdicción del sistema de solución de controversias (...) se extiende racione personae a los Estados miembros del MERCOSUR. Ratione materiae, esta jurisdicción se conforma sobre controversias entre los Estados Partes referidas a la interpretación o incumplimiento de la normativa MERCOSUR. No hay, de forma implícita o explícita en el texto del PO, exclusión de jurisdicción con base a la materia objeto de la controversia”.*⁵⁶

*“Por otra parte, se observa que no hay en el PU indicación expresa de foro para la solución de eventuales controversias como tampoco en cuanto a su aplicación o a su interpretación. Sin embargo, el PU indica en su preámbulo la vinculación al conjunto normativo del MERCOSUR, al reafirmar “los principios y objetivos del Tratado de Asunción y sus Protocolos (...)”. Se sabe que el preámbulo no crea obligaciones para las partes de un tratado internacional, aunque integra su contexto, para fines de interpretación”.*⁵⁷

*“En adición, el art. 8 del PU expresamente determina que “El presente Protocolo es parte integrante del Tratado de Asunción y de los respectivos Acuerdos de Integración celebrados entre el MERCOSUR y la República de Bolivia y entre el MERCOSUR y la República de Chile”. Resta, por tanto, poco espacio de interpretación en lo referente al locus de las normas invocadas en esta controversia como parte integrante del conjunto normativo del MERCOSUR”.*⁵⁸

56. Considerando 36 del LAUDO.

57. Considerando 38 del LAUDO.

58. Considerando 39 del LAUDO.

“Se deduce, en consecuencia, que el sistema de solución de controversias abarca las normas del PU en la medida en que afecten o puedan afectar derechos y obligaciones de cualquiera de los Estados Parte. Por lo tanto, no cabe discutir el derecho a recurrir a ese sistema que tiene un Estado Parte que considere que se han vulnerado sus derechos en aplicación de las normas del PU”.⁵⁹

Lo expuesto lleva a afirmar la necesidad de una reorganización normativa general del bloque, tal como sucediera en el modelo europeo con la firma del Tratado de Maastricht⁶⁰ –constitutivo de la Unión Europea–, que sustente al Mercosur político-institucional sobre la base de pilares reguladores de los asuntos comerciales, de cooperación y el sistema de solución de controversias.

5. Conclusión: una nueva realidad jurídico-política y la necesidad de un Tratado del Mercosur que la regule

El proceso de integración del Mercosur es de carácter intergubernamental, por ende los Jefes de Estado en su carácter de máximos responsables de las relaciones internacionales de sus países poseen capacidad y competencia para tomar decisiones de índole político. Sean éstas para crear o eliminar derechos y obligaciones para el bloque en su conjunto o para un Estado Parte en particular.

Conforme la interpretación dada por el TPR al artículo 1.1 PO, la competencia del sistema de solución de controversias del Mercosur respecto de los Estados Parte es amplia y abarca situaciones de conflicto no sólo de índole comercial, sino también penal, derechos humanos y –evidentemente– políticas.⁶¹

Ante un conflicto de carácter político, el Tribunal Arbitral *Ad Hoc* que intervenga en la controversia –o el TPR– podrá evaluar la legalidad y el pro-

59. Considerando 40 del LAUDO.

60. Suscripto el 7 de febrero de 1992.

61. GONZÁLEZ GARABELLI, C.A., *Procesos de integración. MERCOSUR. Solución de controversias*, Fundación Konrad Adenauer, 2004, cap. VII. En línea con lo dicho, se recomienda prestar atención al análisis efectuado por el autor.

cedimiento del acto cuestionado, más no sus antecedentes de oportunidad y mérito.

La decisión de suspensión de Paraguay fue adoptada dentro de los límites de legalidad y cumplimiento de formas, mediante una norma jurídica del Mercosur de carácter *sui generis*.

Aun ante la suspensión referida, la incorporación de Venezuela como Estado Parte pleno del Mercosur choca contra la propia normativa mercosureña e internacional, careciendo de validez jurídica.

Sin embargo, por tratarse en ambos casos de decisiones de los Jefes de Estado de índole político, puede asumirse que se trata de una cuestión política no justiciable, cuyo merito o conveniencia escapa al control jurisdiccional del Mercosur. Aunque, en observancia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, quedará vigente la facultad de Paraguay de recurrir a otras instancias internacionales para solicitar la invalidez de la medida adoptada por Argentina, Brasil y Uruguay o –llegado el caso– reclamar la indemnización por eventuales daños y perjuicios, así como justificar su salida del bloque sin mayores requisitos e implicancias.

En resumidas cuentas, el Mercosur evidencia en sus 21 años de vida un desarrollo político, económico y normativo sumamente rico, a la par que disperso, lo cual genera confusión a la hora de la toma de decisiones y control de legalidad.

Consecuentemente, además de resaltar la necesidad de reglamentación del Protocolo de Ushuaia, se estima necesaria una reorganización normativa al estilo “Maastricht” con la suscripción de un “Tratado del Mercosur” que reordene los distintos pilares de la integración mercosureña. Es decir, el pilar político, el pilar económico, la estructura institucional y el sistema de solución de controversias.

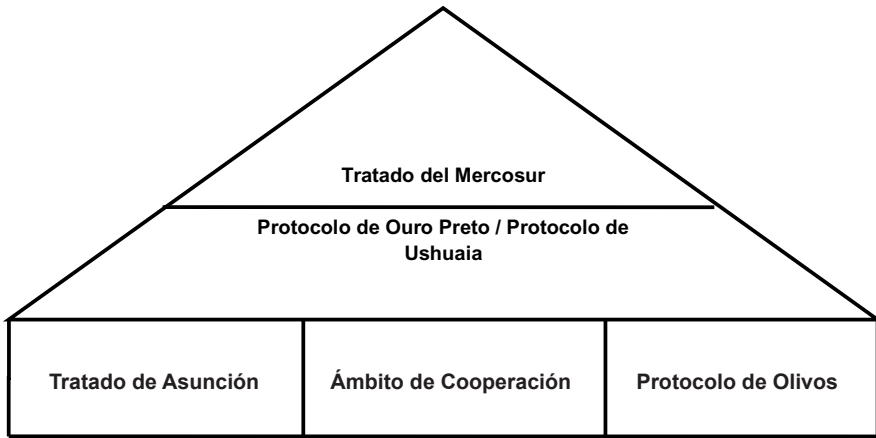


Gráfico 2

El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas

*Luciana B. Scotti**

I. Introducción

En la sociedad internacional, globalizada, intercultural del siglo XXI conviven diversas concepciones, nuevos paradigmas, múltiples modelos de familia: uniones de hecho, familias monoparentales, matrimonios heterosexuales con o sin hijos biológicos, matrimonios homosexuales, matrimonios o parejas con hijos adoptivos, matrimonios poligámicos, matrimonios islámicos, matrimonios “solo consensu”, familias formadas por diversos vínculos de parentesco, las denominadas “familias ensambladas”, entre otras.

Todas las formas existentes, desde la familia monoparental hasta los matrimonios entre homosexuales conforman una familia.

Así lo reconocen los principales instrumentos internacionales de Derechos Humanos: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, reza el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de

* Doctora en Derecho UBA. Coordinadora y Profesora de la Maestría en Derecho internacional Privado, Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Directora e integrante de Proyectos de Investigación DECYT y UBACyT. Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, UBA. Miembro del comité editorial de *Pensar en Derecho*.

1966. En igual sentido, se pronuncian el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el artículo VI de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre del mismo año, el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 1969, entre los principales, todos con rango constitucional en la República Argentina.

La regulación jurídica de los distintos tipos de familia está en proceso de transformación, en permanente evolución, “no sólo porque ellas están cambiando y ahora se reconocen muchas más formas familiares que antes, sino porque el ordenamiento internacional le presta cada vez más atención al entorno familiar. Los individuos pertenecemos a núcleos familiares, sean extensos, restringidos, monoparentales, de parejas sin hijos, e incluso de una sola persona, que forma una familia digna de ser entendida como tal”.¹

Hoy no existe un único modelo de familia, ni siquiera uno que podamos calificar de preponderante. En efecto, “el modelo hasta hace poco dominante de la familia quiso ser eterno pero no pudo, debido a que es imposible desligar a las familias de la cultura subyacente. Las instituciones que sociólogos y antropólogos de Occidente han designado con el nombre de familia alrededor del mundo carecen de esencia identificable. Por lo tanto, solo existen tipos particulares de ordenamientos domésticos y de sistemas de parentesco.”²

Por otra parte, no podemos soslayar que “el modelo de organización de la familia es uno de los puntos cruciales que diferencian a estos dos mundos, el occidental y el oriental”.³ Mientras que el modelo de derecho de familia en Occidente se caracteriza por la monogamia, y por los principios de igualdad,

1. Cfr. G. ACOSTA VARGAS, *Cambios legislativos en la formación y disolución de familias: una mirada de contexto. Familias y políticas públicas en América Latina: una historia de desencuentros*. CEPAL, 2005. Disponible en: http://www.eclac.org/dds/noticias/paginas/2/21682/Gladys_Acosta.pdf

2. Cfr. R. SANTOS BELANDRO, *Derecho Civil Internacional y de Familia*, Montevideo, Asociación de Escribanos de Uruguay, 2009, p. 91.

3. Cfr. A. DURAN AYAGO, “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, en: A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, COLEX, 2004, p. 298.

laicidad, y libertad, que desde hace varias décadas permiten la disolución del vínculo a través de ciertas formalidades; los ordenamientos islámicos⁴ se definen como regímenes poligámicos, patriarcales, que consagran la desigualdad entre hombre y mujer y se encuentran consustanciados con la religión musulmana.

En efecto, “las sociedades democráticas occidentales se asientan sobre valores fundamentales, aceptados unánimemente, y que constituyen estándares inspiradores de las diferentes normativas referentes a los derechos humanos y sus correspondientes secuelas: igualdad de sexos, libre manifestación del consentimiento, interés superior del y de la menor... Sin embargo, tales valores no son admitidos en otros ámbitos culturales. Esto es lo que ocurre precisamente respecto del mundo islámico. La configuración de la sociedad musulmana se apoya en algunos principios inaceptables desde una perspectiva occidental actual: la institución patriarcal del mundo árabe y la clara desigualdad de sexos no son más que dos ejemplos de ello.”⁵

Dentro de este contexto posmoderno, en donde la noción de familia ha cambiado radicalmente, mención y tratamiento especial merece el dispar reconocimiento de las técnicas de fertilización asistida⁶ y sus efectos jurídicos. Los países musulmanes desconocen totalmente estas prácticas. Mientras que en Occidente, se han popularizado en los últimos años en los hechos,

4. Debemos tener presente que el mundo islámico es plural. Los Estados de raíces musulmanas han receptado e interpretan el Corán de diversas formas, con múltiples matices que derivan de la dispar influencia de sociedades y legislaciones laicas. Por ejemplo, mientras que Marruecos y Argelia permanecen firmemente apegadas en su regulación positiva al *Sharia* y a los principios de la doctrina musulmana jurídica, Túnez ha modernizado su regulación. En efecto, el Código del Estatuto Personal de Túnez se encuentra a la vanguardia del Islam jurídico en materia matrimonial.

5. P. DIAGO DIAGO, “La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español” en *Aqualitas. Revista jurídica de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, N° 6, 2001, pp. 10 y ss.

6. Tales técnicas son variadas. Las más conocidas son: la inseminación artificial homóloga (los componentes genéticos pertenecen a los cónyuges o pareja), la inseminación artificial homóloga cuando el marido ha fallecido, inseminación artificial heteróloga (cuando el hombre es estéril y por ende el semen pertenece a un donante); fecundación extrauterina o in vitro, que permiten que el embrión sea implantado en una mujer distinta a la madre genitora, o sea quien aportó el ovulo fecundado (lo que motiva los arrendamientos o alquileres de vientres, o también llamado subrogación de vientre).

pero jurídicamente, cuentan con legislaciones que, en general, no consagran normas adecuadas a la nueva realidad. Del particular caso de la vulgarmente llamada “maternidad subrogada”, nos ocuparemos en esta ocasión.

I. El Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI

El Derecho es parte, es expresión de la Cultura. En efecto, tal como afirma Erik Jayme, nuestro derecho actual es la reproducción de la cultura contemporánea, de nuestra civilización posmoderna, que se caracteriza por un pluralismo de estilos de vida.⁷ Por ende, esta diversidad cultural trae consigo la diversidad jurídica.

El contacto entre culturas diversas genera el contacto entre ordenamientos jurídicos que responden a valores, principios, religiones diferentes.

En tanto la finalidad principal del Derecho Internacional Privado del siglo XXI es la protección de la persona humana y la solución de los conflictos de leyes presuponen un diálogo intercultural, en respeto de la diversidad y de la identidad cultural de los individuos, el rol de nuestra disciplina es central en el mundo globalizado, multicultural, posmoderno, en el que vivimos.⁸

Nuestra disciplina “tiende a hacerse multicultural, procurando aceptar, en mayor o en menor grado, los fenómenos e instituciones procedentes de civilizaciones distintas e intentando evitar el rechazo sistemático de la aplicación del Derecho extranjero que responde a valores distintos a los occidentales... Es más, este Derecho Internacional Privado multicultural tiende a convertirse en intercultural, puesto que se trata de regular una “nueva cultura social” resultado de la interconexión de culturas de países de recepción de emigrantes y de países de emigración”.⁹

7. Cfr. E. JAYME, “Direito internacional privado e Cultura pós-moderna”, en: *Cadernos do Programa de pós-graduação em direito – PPGDir./UFRGS*, Universidad Federal do Rio Grande do Sul. Selección de Textos da obra de Erik Jayme, volumen 1, número 1, Porto Alegre, Marzo de 2010, p. 60

8. En igual sentido, E. JAYME, “O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: A proteção da Pessoa Humana face à Globalização”, en: *Cadernos do Programa de pós-graduação em direito – PPGDir./UFRGS*, Universidad Federal do Rio Grande do Sul. Selección de Textos da obra de Erik Jayme, volumen 1, número 1, Porto Alegre, Marzo de 2010, pp. 86 y 87.

9. Cfr. A. DURAN AYAGO, “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos

En efecto, “los fenómenos migratorios y la sociedad de la comunicación se combinan para poner en relación las diversas culturas, que, una vez terminada la era colonizadora, aspiran a dialogar en un plano de igualdad... Pero, sobre todo, convierte al Derecho Internacional Privado en una pieza clave del diálogo jurídico intercultural, convirtiéndose en una suerte de *ius communicationis* o, si se quiere, en un canal de comunicación jurídica.”¹⁰

En suma, la Multiculturalidad convoca al Derecho Internacional Privado, por medio de sus variadas fuentes y guiado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a procurar soluciones para resolver nuevos “conflictos de leyes”, “conflictos de jurisdicciones”, “conflictos de calificaciones”, en definitiva, “conflictos de civilizaciones”.

En efecto, al decir de Erik Jayme, los Derechos Humanos han cobrado un rol relevante a la hora de resolver los conflictos de leyes, propios del Derecho Internacional Privado.¹¹

Se observa que básicamente los principios, los valores de la cultura jurídica occidental, y por ende de los derechos estatales que en ella se insertan, se encuentran recogidos por las Constituciones Nacionales, así como en los tratados de derechos humanos y libertades fundamentales. En esos instrumentos jurídicos, se reflejan y garantizan determinados derechos que configuran el modelo de sociedad occidental, entre los que obviamente figuran el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, el derecho de libertad religiosa, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a contraer matrimonio, el derecho a la igualdad jurídica entre los cónyuges, el derecho a no ser discriminado, derecho a la identidad cultural de la persona humana.

Los derechos fundamentales dan contenido, al menos en el mundo Occidental, al orden público internacional, al operar como límites a la aplicación de un derecho extranjero que los avasalle.

para su concreción en un contexto intercultural”, en: A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, COLEX, 2004, pp. 296-297.

10. Cfr. S. SÁNCHEZ LORENZO, “Estado democrático, postmodernismo y el Derecho Internacional Privado”, en: *Revista de Estudios Jurídicos* N° 10/2010 (Segunda Época), Universidad de Jaén (España), p. 7. Disponible en línea en: <http://www.rej.ujaen.es/>

11. Cfr. E. JAYME, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, en *Recueil des cours*, Volume 251 (1995), p. 49.

Sin embargo, no podemos olvidar que las Constituciones reflejan la cultura y la tradición de cada país. Por otro lado, muchos de los tratados internacionales de derechos humanos no han sido ratificados por varios Estados, gran parte de ellos, islámicos. Aún más: la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 que ha sido la más exitosa en relación con el número de Estados ratificantes, 193 a la fecha,¹² cuenta con divergentes interpretaciones dado que tales derechos no tienen idéntico reconocimiento y alcance en todos ellos.

Asimismo, se ha señalado que “la tendencia a menoscabar el alcance universal de los textos internacionales sobre derechos humanos –asociada a la crítica de ciertos valores de la cultura occidental– no debe tener una incidencia sobre la configuración y funcionamiento de las reservas de orden público del Derecho Internacional Privado, cuya finalidad es garantizar el respeto a los valores y principios esenciales de nuestro ordenamiento en buena medida plasmados en la normativa internacional sobre derechos humanos”.¹³ Se afirma, en apoyo de esta idea, que el Derecho Internacional Privado ha de respetar el “derecho a la diferencia”, siempre que la misma no resulte intolerable.¹⁴

En definitiva, la remisión a los derechos humanos y garantías fundamentales, aún bajo su apariencia de universalidad, no soluciona, en todos los casos, los conflictos de jurisdicciones y leyes. Tal como sostiene Jayme, “lo que caracteriza verdaderamente el Derecho Internacional Privado actual son los conflictos de culturas. Una norma incompatible con el principio de igualdad de un sistema jurídico determinado puede ser justificada por otro principio, por ejemplo, el de la libertad de religión”.¹⁵

A este Derecho Internacional Privado del siglo XXI le corresponde hacerse cargo de numerosas situaciones y relaciones jurídicas inimaginables cuando se gestó la disciplina. Una de ellas es la filiación internacional deri-

12. No la han ratificado, a la fecha, Estados Unidos de América y Somalia.

13. P. DE MIGUEL ASENSIO, “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho Internacional Privado”, en: *Revista de Derecho Privado*, vol. 82, 1998, pp. 541-558.

14. S. ALVAREZ GONZALEZ, “Adopción internacional y sociedad multicultural”, en: *Cursos de Derecho Internacional* de Vitoria Gasteiz, 1998, pp. 179-211.

15. E. JAYME “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, en *Recueil des cours*, Volume 251 (1995), pp. 52-53.

vada de la utilización de técnicas de reproducción asistida que han conmovido a los clásicos principios en la materia.

III. El régimen internacional de la filiación: impacto de las técnicas de reproducción asistida

La filiación internacional es el vínculo paterno filial (biológico, con o sin intervención de técnicas de fertilización asistida, o adoptivo), que presenta elementos extranjeros. La filiación puede presentarse como una cuestión principal en el Derecho Internacional Privado cuando se trata de determinar, fijar, contestar o desconocer este vínculo, esto es, en materia de “acción de filiación” o acción de investigación de paternidad o maternidad, o de impugnación de esta maternidad o paternidad; o bien como cuestión previa, como en el caso de sucesiones, alimentos para menores, etcétera.

Dicho vínculo, ya sea biológico o adoptivo, puede ser tanto matrimonial como extramatrimonial. Sin embargo, en la actualidad, es pacífica la tendencia hacia la unidad de régimen, de tratamiento, pues lo contrario, importaría un trato discriminatorio.

Pero, tal como afirma Santos Belandro, “el verdadero reto actual no consiste en esta tendencia hacia la unicidad de régimen o nivelación de tratamiento de las diferentes formas de filiación ya conocidas y reguladas. Al derecho internacional privado hoy día, le interesan las nuevas formas de filiación que se están obteniendo con las técnicas más modernas que nos proporciona la biotecnología. Y ese reto para una regulación adecuada –que se siente actualmente en el derecho interno– también se presenta con la misma presión, en el derecho internacional privado. Ello se debe, sobre todo, al desmantelamiento de los sistemas jurídicos internos, provocados por los adelantos científicos, sobre los que se han elaborado tradicionalmente las reglas de derecho internacional privado, las que inevitablemente también tendrán que cambiar”.¹⁶

Tales técnicas de reproducción humana asistida o técnicas de fertilización asistida pueden ser definidas como todos aquellos métodos, con intervención de terceras personas (médicos, agencias intermediarias, madre

16. R. SANTOS BELANDRO, *Derecho Civil Internacional y de Familia*, Asociación de Escritores de Uruguay, Montevideo, 2009, p. 191.

sustituta), mediante los cuales se trata de aproximar en forma artificial a las gametas femenina (óvulos) y masculina (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo. Las más conocidas son: la inseminación artificial homóloga (los componentes genéticos pertenecen a los cónyuges o pareja), la inseminación artificial homóloga cuando el marido ha fallecido, inseminación artificial heteróloga (cuando el hombre es estéril y por ende el semen pertenece a un donante); fecundación extrauterina o in vitro, que permiten que el embrión sea implantado en una mujer distinta a la madre genitora, o sea quien aportó el ovulo fecundado.

Ahora bien, los ordenamientos jurídicos estatales pueden reconocer efectos extraterritoriales (una filiación declarada en un Estado será reconocida en todos los demás) o bien meramente territoriales (solo tendrá efectos en el Estado que la declaró o reconoció).

En un sistema estrictamente territorial, precisamente, podemos caer – en contrasentido al principio de extraterritorialidad del derecho, fundamento básico para la operatividad de Derecho Internacional Privado– ante el temor de reconocer todas o ciertas técnicas que nos provee la biotecnología, ya implementadas legalmente y utilizadas en muchos Estados.

IV. El caso de la llamada “maternidad subrogada”

La maternidad subrogada o “gestación por sustitución”, “vientre de alquiler”, “maternidad intervenida”, “maternidad disociada”, “gestación por contrato”, “madre sustituta” o “madre de alquiler” es el compromiso entre una mujer, llamada “mujer gestante”, a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los “subrogantes”, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con él o los subrogantes.

En efecto, el recurso a la maternidad subrogada tiende a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, la “madre subrogada”, “madre de alquiler” o “madre portadora”, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados “padres intencionales”, a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer.

En los ordenamientos donde el recurso a la maternidad subrogada está más generalizado se instrumenta a través de acuerdos comerciales, por los cuales el individuo o pareja comitente paga a la madre subrogada una suma dineraria, dirigida a compensar los gastos razonables y básicos derivados de la gestación, más una cantidad adicional a la agencia que actúa de intermediaria, que es la encargada de buscar la candidata idónea a madre subrogada y de formalizar el acuerdo entre las partes.

En general, la maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*), y la gestacional o parcial (*gestational surrogacy*). En la primera modalidad, la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermia del padre comitente o de un donante. Puesto que es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial. En la maternidad subrogada gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco o bien, una donante anónima.

Múltiples son las voces que se manifiestan en contra de esta práctica. En efecto, la maternidad subrogada ha sido considerada inmoral por un sector significativo de nuestra doctrina, que ha entendido que de celebrarse un convenio de esa naturaleza, sería nulo, de nulidad absoluta, por estar las personas fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respeto al ser humano.¹⁷ Por su parte, se ha invocado que constituye una manifiesta violación del derecho constitucional del niño a la identidad y una grave cosificación de la mujer. Asimismo, se asocian estas prácticas con el tráfico internacional de niños.

Sin embargo, más allá de que se esté en contra o a favor de la gestación por sustitución, lo cierto es que ella se lleva a cabo tanto en el exterior como

17. Se alega que tales convenios serían nulos por aplicación del art. 953 del Código Civil, que los considera tales por ser de objeto ilícito, contrario a las buenas costumbres y por recaer sobre cosas que no se hallan en el comercio.

en el país. Por lo cual la falta de una ley que controle y regule este tipo de prácticas crea un clima de alta inseguridad jurídica.

V. Los problemas de Derecho Internacional Privado y la “maternidad subrogada”

El derecho filial tradicional centrado en la visión binaria filiación por naturaleza o biológica/filiación adoptiva se encuentra en crisis. Además de estos dos tipos filiales que observan características propias, la realidad nos pone de manifiesto otra manera de alcanzar el vínculo filial: las técnicas de reproducción humana asistida con una causa fuente independiente: la voluntad procreacional.¹⁸

De esta revolución biotecnológica que impacta en el ordenamiento jurídico, no escapa el Derecho Internacional Privado.

En efecto, la facilidad, sin perjuicio de la onerosidad, para celebrar un acuerdo de maternidad subrogada en los estados que le otorgan efectos jurídicos ha incrementado los casos internacionales de gestación por sustitución. Piénsese que, en tales países, tanto la pareja comitente como las candidatas a madre subrogada ya pueden cursar su solicitud online en las páginas web de las agencias o de los centros de reproducción asistida que actúan de intermediarios y comenzar así el “trámite”.

Las consultas en materia de maternidad subrogada, tanto por parejas homosexuales como heterosexuales, aumentan día a día y se mediatizan casos que demuestran la importancia de prever estas situaciones que ya están sucediendo y que proyectan efectos en nuestro país.

Tal como ha reconocido la Conferencia de La Haya, la maternidad subrogada es un “negocio global”. En efecto, la dispar regulación en los derechos nacionales, motiva que estos acuerdos se celebren entre personas situadas en países distintos abarcando en la práctica los lugares más distantes del mundo, dando lugar incluso a lo que se denomina “turismo procreativo”.

18. Cfr. M. HERRERA y E. LAMM, “Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu). Segunda parte”, 13-abr-2012, en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC-5752-AR | MJ5752.

Principalmente, son tres las grandes cuestiones que se encuentran involucradas, propias del Derecho Internacional Privado: el problema de la jurisdicción competente, la determinación del derecho aplicable a la relación jurídica y el reconocimiento y ejecución de sentencias.¹⁹

Asimismo, la inexistencia de la institución en el país, aun cuando no está prohibida expresamente, podría motivar el recurso al orden público internacional.

En efecto, para interponer la excepción de orden público internacional en las hipótesis de maternidad por sustitución consagrada en el extranjero, se han hecho valer las siguientes consideraciones: “la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas; el cuerpo humano es inviolable y no puede ser objeto de un derecho patrimonial; afecta además, a la dignidad de los seres humanos, al ser considerados como objetos –tanto la madre gestante como el niño producto de la procreación médicamente asistida– y no como fines en sí mismos; generaría “un derecho al niño”, como si fuera una cosa; la gestación de un niño mediante la donación de los gametos no puede asimilarse a la donación de un riñón o de un ojo; puede producir una confusión en la mente del niño acerca de quiénes son sus padres y ocasionar alteraciones psicológicas, en cuanto heredaría una filiación compleja; influiría también en la configuración antropológica del niño: parejas japonesas donan su embrión a mujeres indias, parejas europeas donan su embrión a mujeres africanas, etc.; sería un nuevo mecanismo de explotación de la miseria humana, ya que en la mayoría de los casos la maternidad por sustitución oculta un negocio de cifras muy abultadas, donde la madre por

19. Sin embargo, son pocos los ordenamientos jurídicos que exigen una intervención judicial para la consagración del vínculo; por lo general, los magistrados realizan una supervisión con la finalidad de conducir el embarazo hacia el parto de acuerdo a las pautas establecidas por la legislación local, algunos de ellos homologándolas. Por ende, en general, no estamos ante una decisión o resolución judicial sino ante documentos públicos, generalmente partidas de nacimiento. Por ello, tal como afirma Santos Belandro, ello conduce a resolver esta cuestión sobre dos planos: respecto del reconocimiento y ejecución de las sentencias judiciales extranjeras en primer lugar; y en segundo término, la circulación internacional de los documentos extranjeros. Cfr. R. SANTOS BELANDRO, “La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, del 25 de noviembre de 2011, Cita: elDial.com - DC1762.

sustitución generalmente recibe una ínfima parte, y el resto va a las instituciones que funcionan como “bancos” de materiales genéticos, al Estado por vía indirecta a través de los impuestos aplicables, y al esposo de la mujer gestante. Se saldría del derecho de las personas para ingresar al derecho de los contratos, o al de los bienes.”²⁰

Por otro lado, la excepción de fraude a la ley también puede ser invocada. En efecto, el sometimiento a los procedimientos médicos necesarios se torna factible sólo en los sistemas jurídicos que lo autorizan, y es en virtud del paraguas de legalidad brindado por dichos ordenamientos que la maternidad subrogada se viabiliza. Es por ello que, resulta esencial distinguir los supuestos en los que el convenio de gestación por subrogación tiene lugar en un estado con el que los involucrados ya se encontraban internacionalmente conectados (sea en función de su domicilio, residencia o nacionalidad), de aquellas hipótesis en las que el traslado de los particulares se lleva a cabo con la única finalidad de celebrar y cumplir un contrato de estas características.²¹

En suma, frente los casos de gestación por sustitución, desde la perspectiva del Derecho, podemos reflexionar sobre una serie de interrogantes:

- ¿Qué problemas presentan en el ámbito del Derecho Internacional Privado los acuerdos internacionales de maternidad subrogada?,
- ¿Qué dificultades se presentan en torno al establecimiento/reconocimiento de la filiación en estos casos?,
- ¿Cómo se calificaría esta institución en el Derecho Internacional Privado argentino?
- ¿Qué otros problemas se encuentran involucrados: migratorios, establecimiento de la nacionalidad, preocupación relativa a las partes vulnerables, aspectos contractuales incluyendo compensación

20. Cfr. R. SANTOS BELANDRO, “La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, del 25 de noviembre de 2011, Cita: eDial.com - DC1762.

21. Cfr. A. DREYZIN DE KLOR Y C. HARRINGTON, “La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?”, en *Revista de Derecho de Familia*, octubre de 2011, pp. 301-329.

- financiera, procedimientos criminales, regulación de las agencias intermediarias?, ¿Cómo pueden ser solucionados?
- ¿Qué ley resulta aplicable?, ¿Es posible aplicar un derecho extranjero que reconoce efectos jurídicos a la llamada maternidad subrogada si el derecho del foro los prohíbe? ¿Y si nos los contempla expresamente? O bien ¿configuran la institución con requisitos divergentes (ej. onerosidad vs. gratuidad del acuerdo)?
 - ¿Un juez nacional reconocería los efectos de un acuerdo de maternidad subrogada?
 - ¿Un juez argentino podría reconocer un acto, documento (por ejemplo, un certificado de nacimiento) o sentencia proveniente de un país que recepta dicha institución?
 - ¿Resultaría conveniente, necesario, factible un instrumento relativo a los aspectos de Derecho Internacional Privado sobre el establecimiento, impugnación y reconocimiento de la filiación?
 - ¿En qué medida las dificultades experimentadas en los casos de maternidad subrogada en el ámbito internacional demandan un tratamiento específico?
 - ¿Qué cuestiones deberían ser incorporadas en un instrumento de alcance universal en la materia?
 - ¿Cuál es el rol que desempeña el fraude a la ley a la hora de proceder al reconocimiento de un acto o decisión extranjera en estos casos?
 - ¿Qué rol desempeña el orden público internacional en el pedido de reconocimiento de un acto o decisión extranjera en estos supuestos?
 - En definitiva, ¿es necesario celebrar un tratado que exprese un consenso internacional en torno a estas cuestiones?; o ¿es suficiente una regulación de fuente interna?

Es por todo ello que, a nuestro criterio, se requiere de manera urgente una regulación que contemple este acuciente problema socio jurídico que es una realidad en nuestros días. Máxime cuando, ante la falta de reglas, estos acuerdos se realizan de todos modos, aún fuera de la ley.

VI. Tratamiento en el Derecho Comparado

En el derecho comparado, encontramos que la mayoría de los países europeos prohíben la maternidad subrogada (Alemania,²² Austria,²³ España,²⁴ Francia,²⁵ Italia,²⁶ Suiza,²⁷ entre otros).

22. El Ministro Federal de Justicia y el Ministro Federal de Investigación y tecnología constituyeron, en 1984, una Comisión encargada de analizar los nuevos métodos de fertilización in vitro. En vista de estas previsiones, el Congreso Médico alemán acordó que la maternidad de sustitución debía ser rechazada por los inconvenientes que presenta para el niño y el peligro de la comercialización. Estas recomendaciones fueron volcadas a una ley cuya vigencia data de 1990. En el artículo 1, párr. 7 de la Ley Federal sobre la protección del embrión, de 13 de diciembre de 1990 (Embryonenschutzgesetz, EschG) prevé que el embrión ha de ser implantado en el vientre de la mujer de la que se ha obtenido el óvulo. El contrato de maternidad subrogada sería contrario a las buenas costumbres y al orden público (artículo 138 BGB).

23. Ley de 1 de julio de 1992 sobre medicina reproductiva.

24. En España está en vigor la Ley N° 14/2006 de 26 de mayo.(arts.10, 27 y 28), donde el art. 10 establece que: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por medio del cual se ha convenido la gestación, a título oneroso o gratuito, de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del co-contratante o de un tercero. 2. La filiación de los niños nacidos de una gestación por sustitución se determinará por el parto. 3. El padre biológico puede reivindicar la paternidad conforme a las reglas del derecho común.”

25. En Francia se aplica la Ley N° 94-653 de 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano, que ha agregado el art. 16-7 al Código Civil: “Es nulo todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro”. Recientemente tres sentencias de la Corte de Casación de Francia del 7 de abril de 2011 establecieron que los acuerdos internacionales de subrogación violan el orden público francés. En todos los casos, el niño o los niños nacieron en un estado de Estados Unidos, donde la práctica es legal. Fundamentalmente, el Tribunal expuso que de acuerdo a la legislación francesa actual (“en l'état du droit positif”), los acuerdos de subrogación violan un principio fundamental del Derecho francés: el estado civil es inalienable. De conformidad con este principio, no se pueden establecer excepciones a la ley de la paternidad mediante un mero contrato (art. 16-7 y 16-9 del Código Civil).

26. Rige la Ley N° 40 de 19 de febrero de 2004 sobre procreación médica asistida. Si bien no aborda el tema, existen decisiones de los tribunales en su contra sobre la base de la dignidad de la persona, de la no patrimonialidad del cuerpo humano y de las cosas fuera del comercio.

27. En Suiza, la prohíbe el artículo 119.2, letra d) de la Constitución Federal y el artículo 4 de la Ley Federal sobre Procreación Médica Asistida (1989, reformada en 2006) en todas

Dentro de nuestro continente, Uruguay en el art. 135 del Código de la Niñez y de la Adolescencia de Uruguay, advierte que: “No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la separación del hijo que esta por nacer o dentro de los 30 días de su nacimiento.”

Pocos son los países que cuentan con una regulación especial al respecto. Así, en EE.UU., algunos estatutos y propuestas de legislación uniforme mantienen un esquema similar al de la adopción para otorgar eficacia a los acuerdos de maternidad subrogada. En particular, en California es donde existen las leyes más favorables sobre alquiler de vientre.

Israel, a partir de la Ley 5746 de 1996, cuenta con uno de los sistemas más sofisticados de acceso a la maternidad subrogada, basado en el establecimiento de la filiación mediante la adopción, previa acreditación por un Comité gubernamental que el acuerdo es válido y que las partes cumplen los requisitos subjetivos que fija la ley.

En el Reino Unido, desde la entrada en vigor de la Surrogacy Arrangements Act (1985), los acuerdos de maternidad subrogada son homologables judicialmente si no persiguen fines lucrativos, no se publicitan y se realizan sin la intervención de intermediarios o agencias.²⁸

Por su parte, el ordenamiento griego establece una presunción de maternidad a favor de la madre comitente que obtuvo autorización judicial para acceder a la maternidad subrogada, previa acreditación de los requisitos legales.²⁹

sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito). Así, el contrato de maternidad subrogada es nulo (artículo 20 Código de obligaciones) y es considerado contrario al orden público internacional (Artículo 27 LFSDIP).

28. La ley de 1985 declara que los convenios de maternidad por sustitución no son ejecutorios, y que la madre por sustitución será siempre la madre legal del menor, pero que luego con su acuerdo la filiación podrá ser modificada. Impide toda remuneración de los intermediarios, y la publicidad para poner en relación a las personas, ofrecimiento de consejo jurídico o listas de voluntarias para celebrar un acuerdo gratuito. Y si la madre por sustitución no cambia de opinión y respeta el acuerdo, los padres biológicos pueden solicitar la adopción del menor. Una ley posterior de 1990 considera que no hay necesidad de pasar por la adopción, basta que con que se reúnan los siguientes requisitos: la pareja comitente debe ser casada, uno de sus integrantes debe ser padre del menor, uno de ellos debe estar domiciliado en el Reino Unido, y todos los involucrados deben tener más de 18 años cumplidos de edad.

29. En Grecia, la ley N° 3089/2002 sobre la Asistencia Médica a la Reproducción Hu-

Una solución aún más sencilla, puesto que prescinde de la resolución judicial, es la prevista en Bélgica, que desde el año 2007 permite establecer la filiación a favor de la madre comitente a partir de un sistema mixto basado en el reconocimiento corroborado por la posesión de estado.

La Federación Rusa contempla en el art. 51.4 del Código de Familia que los cónyuges que hayan dado sus consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer, con el fin de que lo gestee, sólo serán inscritos como los padres del niño, con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (madre subrogada).³⁰

Por su parte, la normativa de la India tiene una particularidad: no otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio. A los niños nacidos a través de gestación por sustitución se les extiende un certificado de nacimiento en el que figura el nombre del padre –quien aportó el gameto masculino– y como nombre de la madre la leyenda “madre subrogante” o “madre sin estado”. El certificado no reconoce la nacionalidad india, por lo cual si al niño no se le reconoce otra nacionalidad adquiere el estatus de “apátrida”. Sin embargo, muchas parejas acuden a este país porque los costos son mucho más accesibles.

Ucrania, Sudáfrica, Australia también tienen leyes que aceptan esta práctica.

mana estableció las pautas para la maternidad por sustitución, que se incorporaron al Código Civil:

“Art. 1458. La transferencia de embriones en el cuerpo de otra mujer, extraños a ésta, y la gestación por ella, son permitidos mediante autorización judicial acordada antes de la transferencia si existe un acuerdo escrito y sin contrapartida, entre las personas que deseen tener un hijo y la mujer que lo gestará, así como su cónyuge, cuando ella sea casada. La autorización judicial se acordará luego del pedido de la mujer que desee tener un hijo, si se comprueba que la gestación le es médicamente imposible y que la mujer que se preste a la gestación es apta teniendo en cuenta su estado de salud.”

“Art. 1459. Las personas que recurran a la procreación artificial decidirán mediante una declaración conjunta realizada por escrito, ante el médico o el responsable del centro médico, antes del comienzo de la asistencia médica, que los gametos congelados o los embriones congelados que no les sirvan a la procreación.”

30. El Código de Familia ruso ha sido complementado con la Orden del Ministerio de Salud Pública N° 67 de 26 de febrero de 2003. Anexo 1. Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina, inscrita en el Ministerio de Justicia el 24 de abril de 2003 con el N° 4452.

Sin embargo, la mayoría de estas normas, no contienen disposiciones específicas de Derecho Internacional Privado en la materia.

VII. La situación en el Derecho argentino

a) Ausencia de normas en vigor

En la fuente interna, Argentina nunca ha tenido disposiciones sobre filiación internacional. Tampoco nos encontramos con normas de fuente convencional que contemplen la nueva realidad. Si bien, tanto el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 como el de 1940 contienen reglas de conflicto en materia de filiación,³¹ no sólo no se ocupan de los nuevos problemas a su respecto, sino que brindan soluciones propias de un contexto jurídico que distinguía en denominación y efectos la filiación matrimonial y la extramatrimonial.

Ante este vacío legal, es importante destacar que las tendencias doctrinaria y jurisprudencial mayoritarias entienden que se debe aplicar el derecho más favorable a la validez de la filiación (principio del favor negotii, art. 14, inc. 4° de nuestro Código Civil) en resguardo del interés superior de los niños.

b) Proyectos de reforma

En esta inteligencia, los últimos proyectos de reforma han contemplado dichas tendencias. Efectivamente, el Proyecto de Código de Derecho

31. El Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 (Título VI: De la filiación) establece: “Artículo 16.- La ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio.” Es decir que la validez del matrimonio resulta, en este supuesto, una cuestión previa, incidental o preliminar con respecto a la validez de la filiación o legitimación.

“Artículo 17.- Las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo.”

“Artículo 18.- Los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima, se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos.”

El Tratado de Montevideo de 1940 reproduce las mismas soluciones en los artículos 20, 21 y 22, que no se adaptan a las nuevas realidades ni a las normas protectorias de los derechos humanos de los niños.

Internacional Privado de 2003,³² en su artículo 113 establece que: “La existencia, la determinación y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio o de la residencia habitual del hijo, del progenitor de que se trate, o del lugar de celebración del matrimonio, el que fuere más favorable al vínculo.”

Por otro lado, el reciente proyecto de Código Civil y Comercial (2012), además de prever normas sobre la filiación por técnicas de reproducción asistida, incluyendo disposiciones especiales sobre gestación por sustitución, incluye normas de Derecho Internacional Privado sobre “Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida” (artículos 2631 a 2634).

En similar sentido a la norma proyectada en 2003, el artículo 2632 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 dispone que: “El establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo. El derecho aplicable en razón de esta norma determina la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones, el plazo para interponer la demanda, así como los requisitos y efectos de la posesión de estado.”

A su turno, según el artículo 2633, “las condiciones del reconocimiento se rigen por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al tiempo del acto o por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto...”

En particular, destaca el artículo 2634 sobre “Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero”, según el cual: “Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden

32. Elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado designada por las Res. M.J.y D.H.191/02 y Res. M.J.S.y D.H.134/02 integrada por los Dres. Miguel Ángel Ciuro Caldani, Eduardo L. Fermé, Berta Kaller de Orchansky, Rafael Manovil, María Blanca Noodt Taquela, Beatriz Pallarés, Alicia Mariana Perugini Zanetti, Horacio Daniel Piombo, Julio César Rivera, Amalia Uriondo de Martinioli e Inés M. Weinberg de Roca. Presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003.

público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior de los niños. Los principios que reglan el uso de técnicas de reproducción humana asistida son de orden público y deben ser verificados por la autoridad competente en caso de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado y/o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.”

Al respecto, en los fundamentos de la norma, se advierte que “...el derecho de fondo en cuestiones de filiación se encuentra en plena evolución, con grandes diferencias en las legislaciones nacionales. Por ello, se ha incluido una norma específica que sienta el principio del reconocimiento de todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero, en tanto sea compatible con los principios de orden público de nuestro país, especialmente los que imponen la consideración del interés superior de niños y niñas. Esta norma tiende a la estabilidad del vínculo filial, permitiendo el control del orden público internacional que el juez apreciará en el caso concreto.”

c) Soluciones jurisprudenciales

Recientemente, tomaron estado público algunos casos concretos sobre el tema que nos ocupa. Nos referimos por un lado, a un precedente dictado por un juzgado contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires el 22/3/2012. Se trataba de una pareja conformada por dos hombres que ya convivían desde el año 2000 y tras la sanción de la Ley 26.618 decidieron contraer matrimonio. A los fines de alcanzar la paternidad, decidieron recurrir a la gestación por sustitución en la India.

El 28/6/2011, el jefe de la Sección Consular de la embajada argentina en India le comunicó al matrimonio que no es posible dar curso a la inscripción de una partida de nacimiento en la que no figure el nombre de la madre, dado que ello no se ajusta al art. 36 inc. c de la Ley 26.413, que impone que dicha inscripción debe contener el nombre y apellido de ambos padres (del padre y de la madre), salvo que se trate de un hijo extramatrimonial (hijo de madre soltera), situación en la que no se hace mención del padre (art. 38 Ley 26.413).

Ante este panorama, el matrimonio presentó un recurso de amparo el 15/12/2011 para que el Ministerio de Relaciones Exteriores –a través de la

Embajada de Argentina en la India– otorgue la documentación pertinente reconociendo la paternidad legal o copaternidad por parte de ambos integrantes del matrimonio. El 22/3/2012 se hizo lugar al amparo incoado, autorizándose al Registro Civil a proceder a inscribir el nacimiento del niño/a de los actores ante la solicitud que formule la Embajada Argentina en la India a favor de ambos integrantes (hombres) de la pareja matrimonial, fundado en el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual, el derecho a la identidad, la protección de las relaciones familiares y el principio rector en todo asunto que involucre a personas menores de edad: el interés superior del niño.

En efecto, el 31/07/2012, a tres semanas de su nacimiento, fue inscripto el primer hijo, Tobías, de dos papás en el Registro Civil porteño.

Por otro lado, tuvo gran repercusión mediática el caso de Cayetana, la niña de madre argentina y padre español, ambos residentes en Madrid, España, que nació en la India por medio del alquiler de un vientre, y a la que ninguno de los países involucrados quería darle la ciudadanía. Finalmente, a través de una medida “autosatisfactiva”, un juez de familia de San Lorenzo, localidad santafesina de la que es oriunda la madre, reconoció la nacionalidad argentina de la niña, quien pudo ser inscripta en el consulado de Nueva Delhi.

Las autoridades indias habían rechazado conceder la nacionalidad porque los padres eran extranjeros. En España, argumentaron que Elsa Saint Girons no podía figurar como madre porque existe otra con la categoría de subrogada: la mujer que aceptó alquilar su vientre, y en ese país está vedada esta práctica. La embajada argentina había rechazado, en un primer momento, la solicitud al alegar que la mujer no tiene residencia actualmente en el país.

VIII. La labor de los foros de codificación internacional

Son pocos los foros de codificación internacional que, hasta el momento, se han ocupado de esta delicada cuestión. Destaca la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y de la Unión Europea.

En este sentido, en 2001 se realizaron consultas informales con relación al trabajo futuro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Durante el proceso de consultas, se sugirieron como posible tema de trabajo las “cuestiones de derecho internacional privado relativas al

estatus de los niños y en particular el reconocimiento de la filiación”.³³ Sin embargo, en ese entonces y por un buen número de años, no hubo Miembros interesados en incorporar este tema como un área de trabajo. Pero en 2009-2010, varios Estados expresaron su preocupación por el creciente número de acuerdos de maternidad subrogada que eran presentados ante las autoridades de sus Estados y la complejidad jurídica de esos casos.

En virtud de ello, en un reciente comunicado de prensa, del 11 de abril de 2011, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado anunció que tiene intenciones de añadir a su programa de trabajo el delicado tema del alquiler o subrogación de vientres transfronterizo, que incluye generalmente problemas relativos al reconocimiento de la paternidad legal del niño y las consecuencias jurídicas que se derivan de tal determinación (por ejemplo, la nacionalidad del niño, estado de inmigración, la responsabilidad de los padres respecto del niño, etc.). El comunicado reconoce que actualmente “es un hecho que la subrogación es un gran negocio, global, que ha creado una serie de problemas, particularmente cuando los acuerdos de subrogación afectan a partes de diferentes países del mundo.”

La conclusión del Documento Preliminar N° 11³⁴ estableció que, a los fines de evaluar la posibilidad de una regulación internacional futura, los asuntos derivados de los acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional podrían ser considerados, o como parte de un marco más amplio sobre derecho internacional privado relativo al estatus del niño, o bien como un asunto de singular importancia en sí mismo.

Por su parte, en cuanto a la subrogación internacional, un documento de investigación elaborado para la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo ha recomendado que “la UE debe poner esfuerzos en la elaboración de una convención internacional sobre los aspectos de derecho internacional privado de la subrogación transfronteriza en una estrecha

33. “Observaciones relativas a la Estrategia de la Conferencia de La Haya – Observaciones realizadas por otras organizaciones internacionales y observaciones realizadas a nivel personal en respuesta a la carta del Secretario General del 30/31 de julio de 2001”, Doc. Prel. N° 20 a la atención de la Décimo Novena Sesión.

34. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>

comunicación con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”.³⁵

IX. Reflexiones finales

El Derecho Internacional Privado, en general, y el régimen internacional de la familia y la protección internacional de la minoridad, en especial, han sufrido, en los últimos años, el impacto de fenómenos que exceden los límites del mundo de lo jurídico, pero inciden en forma directa y trascendente en él. Nos referimos a la incesante globalización, la integración regional, la fragmentación, la multiculturalidad, la interculturalidad, los avances tecnológicos, la biotecnología, entre otros.

Como consecuencia de ello, el Derecho Internacional Privado de Familia se encuentra inmerso en nuevos escenarios, renovados y complejos problemas, y ante esta realidad, se halla en permanente evolución.

En efecto, la noción de familia ha cambiado y es un elemento distintivo de cada cultura. Sin embargo, a nuestro criterio, el Derecho Internacional Privado sigue siendo un instrumento eficaz y justo para indicar la ley aplicable a los casos multiconectados y multiculturales.

A fin de contribuir en tal sentido, esta disciplina debe hacerse eco de las nuevas modalidades de filiación, en donde el debate hoy gira en torno a la utilización de técnicas de reproducción asistida y en particular, por las características y complejidad que reviste, la denominada maternidad subrogada que, ante la dispar recepción que tiene en los ordenamientos jurídicos, promueve el turismo reproductivo y la consecuente internacionalización de la cuestión.

En todo caso, las soluciones que puede aportar el Derecho Internacional Privado deben estar en consonancia con la garantía y respeto de los Derechos Humanos. En efecto, a nuestro entender, las sociedades multiculturales deben encaminarse hacia la búsqueda del balance, del equilibrio en-

35. Ver “Recognition of Parental Responsibility: Biological Parenthood v. Legal Parenthood, i.e. Mutual Recognition of Surrogacy Agreements: What is the Current Situation in the MS? Need for EU Action?”, por Velina TODOROVA (Institute for Legal Studies, Bulgarian Academy of Sciences, Bulgaria) , 15-10-2010. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/studies>

tre la protección de los derechos humanos y la salvaguardia de la identidad cultural.

En consecuencia, las respuestas jurídicas provenientes de nuestra disciplina deben ser lo suficientemente flexibles y brindar opciones al juez para que pueda disponer de las herramientas, los caminos necesarios para reconocer la filiación en estos casos, salvo que los principios fundamentales del derecho del foro se lo impidan de un modo manifiesto, serio e inevitable.

Tales principios fundamentales están representados, a nuestro criterio, exclusivamente por las garantías y derechos humanos de los niños, los sujetos más vulnerables en nuestra sociedad posmoderna e intercultural, que requieren, por ello, de una esmerada protección jurídica. Ese es uno de los principales desafíos del Derecho del siglo XXI.

La ciudadela de la moral en la corte de los juristas¹

*José Juan Moreso**

No existen razones jurídicas que puedan
justificar acciones y decisiones
con independencia de su derivación de
razones morales.
Carlos S. Nino (1994: 82)

1. Un caso hipotético, tres contemporáneos y una de romanos

Es un hecho habitual que algunos textos jurídicos usen términos valorativos, expresiones con cierta carga moral y, de este modo, al menos aparentemente, remitan a la moralidad. Algunas de estas expresiones, conocidas en nuestra literatura jurídica como *conceptos jurídicos indeterminados*, son al menos tan antiguos como nuestro derecho privado: *buena fe*, *diligencia de un buen padre de familia*, etc. Otras llegaron con las declaraciones de derechos incluidas en Constituciones y Tratados internacionales: *dignidad*

* Catedrático de Filosofía del Derecho y Rector de la Universidad Pompeu Fabra. Licenciado UAB, y doctor en Derecho, UAB. Fue Profesor de la Universidad Autónoma de Barcelona y en la Universidad de Girona. En 1990 realizó una instancia de investigación en Buenos Aires bajo la tutela de Carlos Santiago Nino.

1. Conferencia del 10 de septiembre de 2012 en el marco del Ciclo de Conferencias Carlos Santiago Nino organizadas por la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la UBA.

humana, igualdad, prohibición de tratos inhumanos o degradantes, etc. Me valdré de esta última expresión, que parece remitir a aquellos tratos que la moral identifica como degradantes, para plantear la cuestión siguiente: ¿al usar en los textos jurídicos este tipo de expresiones el Derecho realmente incorpora las pautas morales o la argumentación moral? Como veremos, hay varios modos de ofrecer una respuesta negativa a esta cuestión que serán analizados aquí. Hay también diversas formas de contestar afirmativamente a la cuestión. Una de ellas será vindicada en este trabajo.

En primer lugar, consideremos el siguiente caso hipotético. En la novela de Philip Kerr, *Una investigación filosófica*,² se describe el Londres de 2013 como una ciudad insegura, con un alto grado de delincuencia. Entre las medidas que se toman para reducirla, se encuentra la imposición de un nuevo tipo de pena: dado que la ciencia médica ha conseguido inducir y revertir el estado de coma en los humanos, se sustituye la pena de prisión por el denominado *coma punitivo*. De este modo, a los condenados a dicha pena se les induce el coma por el tiempo de la condena y son confinados en una especie de hospitales en donde, como es obvio, no hay peligro de fugas ni de motines, sólo hay que conservarlos con alimentación y respiración asistida. Por otro lado, el artículo 5 de la Declaración universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas de 1948 establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Si el coma punitivo se estableciera como castigo para diversos delitos en determinada jurisdicción, sujeta al texto internacional, ¿sería, entonces, esta pena una medida conforme con la Declaración universal de los derechos humanos? O, dicho en otros términos: ¿depende la verdad de la proposición según la cual el coma punitivo es (o no es) conforme con la Declaración universal de la corrección moral de dicha medida?, ¿cómo debe determinarse si el coma punitivo es o no un trato cruel, inhumano o degradante?

A continuación, veamos un caso real. La Constitución española, en el primer enunciado de su artículo 15, establece lo siguiente: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso,

2. Kerr, 1992. Creo que escuché relacionar este ejemplo literario, por primera vez, con la cuestión de la incorporación de la moralidad al derecho a Juan Carlos Bayón en una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el invierno austral de 1996 y lo he usado ya en diversas ocasiones anteriormente (Moreso 2008, 11; 2009, 33 y 2010, 15-16 y en 2012, en donde comenzaba con estos cinco casos precisamente).

puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.” Pues bien, el Tribunal Constitucional español se refirió a ello,³ (en una jurisprudencia que después ha continuado más o menos invariable) para determinar si la sanción de aislamiento en celda prevista en la Ley general penitenciaria (y en el reglamento que la desarrolla), entonces en vigor, constituían tratos inhumanos o degradantes. La respuesta del Tribunal es negativa con el argumento de que, si bien la reclusión en *celdas negras* privando a la persona de cualquier contacto con el exterior sería claramente un trato degradante, las condiciones que la legislación penitenciaria exige (duración, condiciones de alimentación y habitabilidad fundamentalmente) la hacen compatible con la dignidad de los sancionados.

Por otro lado, la enmienda octava de la Constitución de los Estados Unidos (casi idéntica a la formulación del Bill of Rights inglés de 1689) establece: “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.” Aunque la Corte Suprema de los Estados Unidos considera que la pena de muerte es “una sanción extrema” no considera que sea “inherentemente cruel”.⁴ Sin embargo, la Corte ha considerado recientemente que la ejecución de delincuentes con determinado grado de retraso mental vulnera la enmienda octava porque es un castigo cruel e inusitado.⁵ Y este pasado mes de agosto la polémica ha surgido, al autorizar la Corte Suprema la ejecución del ciudadano de Texas Marvin Wilson, que presentaba indicios probados de retraso mental.

El 19 de agosto de 1996 en un municipio de la comunidad indígena colombiana de los paeces fue asesinado su alcalde. Los representantes de los cabildos indígenas decidieron la detención de Francisco Gembuel acusado de haber propiciado el homicidio del alcalde al haberlo señalado como blanco propicio a la guerrilla. Juzgado por la Asamblea de acuerdo con las normas indígenas fue castigado a sesenta fuetazos (el fuate es un castigo consistente en golpear con una especie de bastón la parte inferior de las piernas), expulsión, y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos

3. En la STC 2/1987, de 21 de enero.

4. *Gregg v. Georgia* 428 U.S. 153, 96 S. Ct. 2909, 49 L. Ed. 2d 859 [1976].

5. *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 122 S. Ct. 2242, 153 L. Ed. 2d 335 (2002). *Atkins* anula la decisión contraria establecida sólo trece años antes en *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302, 109 S.Ct. 2934, 106 L. Ed. 2d 256 (1989).

públicos y comunitarios. El artículo 12 de la Constitución colombiana establece también que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, con lo que el condenado recurrió la decisión que llegó a la Corte constitucional colombiana. En la sentencia del alto tribunal colombiano,⁶ la Corte no concede el amparo al recurrente, con dos argumentos básicamente: por un lado, no considera la sanción excesivamente penosa; por otro, considera que tiene una función simbólica en la comunidad indígena y que, en dicho contexto, no se trata de una sanción ni degradante ni humillante.

Nadie pondrá en duda, sin embargo, que la sanción que el derecho romano —la *Lex Pompeia*— establecía para el parricidio, la *poena cullei*, consistente en encerrar al condenado en un saco junto con un perro, un gallo, una serpiente y un mono y arrojarlo a las aguas del mar o del río más cercano; sea una pena cruel. Es más, precisamente por ser cruel los romanos pensaban que era una pena merecida para un delito tan atroz. Como nos recuerda Max Radin (1920, 119) cuando se produjo el crack financiero de 1720, debido a una burbuja especulativa generada por la Compañía inglesa de los Mares del Sur, “un miembro apasionado del Parlamento británico apeló a la aplicación de la *Lex Pompeia* para los parricidas a aquellos que han estafado a la nación. Del mismo modo que los romanos, argumentaba, enfrentados a un tan monstruoso e inusitado delito, idearon un castigo así de monstruoso e inusitado, del mismo modo invitaba a los británicos a colocar a los directores de la compañía de los mares del sur en sacos con un perro, un gallo, una serpiente y un mono en cada uno y arrojarlos al Támesis □. Olvidemos ahora, por un momento y no del todo, las crisis económicas generadas por burbujas especulativas y atendamos al argumento del parlamentario británico: la pena del saco es una pena cruel y por eso se impone para castigar comportamientos especialmente graves.

Lo que hacen las declaraciones de derechos humanos contemporáneas, no obstante, es comprometerse a no aplicar este tipo de sanciones. Ahora bien, ¿qué es lo que hace la pena del saco cruel, y no —en el caso que los Tribunales a los que me he referido tengan razón— el fuste, el aislamiento en celda o la pena de muerte? ¿No son argumentos morales los que conducen a

6. SCC No. T-523/97, de 15 de octubre. Estoy agradecido a Oscar Pérez de la Fuente que amablemente me hizo acceder al conocimiento de este interesante caso.

una u otra conclusión? Hay varios modos de rechazar la incorporación de la moralidad por el derecho en estos supuestos y trataré de exponer sus razones y discutir las. Después me referiré brevemente a la posición de Carlos S. Nino, que insistió especialmente en la conexión interpretativa entre el derecho y la moral de un modo que resulta muy cercano al del positivismo jurídico incluyente, aunque lamentablemente él murió antes de que esta marca apareciera en el mercado de las ideas. Terminaré vindicando un modo de incorporación de la moralidad en el derecho.

2. La certeza del derecho

En muchos casos, los autores más contrarios a la incorporación de la moralidad en el derecho están guiados por la idea según la cual si el derecho usa conceptos valorativos los comportamientos prohibidos devendrán inciertos, indeterminados. A menudo este ideal de la certeza del derecho está asociado con la Ilustración jurídica y, en concreto, con el positivismo jurídico. Sin remontarnos a Beccaria o a Bentham, esta es la razón (por ejemplo) por la cual Kelsen (1931) se mostraba contrario a la incorporación de conceptos morales (como *igualdad* o *justicia*) y esta es la razón que anima las defensas recientes (Campbell, 1996; Waldron 2001) o no tanto (Scarpelli, 1965) del denominado *positivismo jurídico normativo*.⁷

Reducir el ámbito de la discrepancia y disciplinar la actividad de los jueces es el propósito de todas estas posiciones. Sin embargo, ni los presupuestos ni la estrategia para llevar a cabo estas operaciones son los mismos.

3. Recuperando las intenciones del constituyente

Una estrategia consiste en sostener que cuando la Constitución usa conceptos valorativos en realidad únicamente incorpora aquello que encerraron en ellos deliberadamente los autores de la Constitución. Determinar el contenido de estas cláusulas consiste en recuperar las intenciones explícitas de los que las dictaron. En la discusión norteamericana se conoce esta

7. Que presenté y critiqué en Moreso 2004. Algunos ecos de esta posición entre nosotros en Hierro, 2002; Laporta, 2007 y en Ferrajoli, 1989, 2007, 2011a.

posición como *originalismo*.⁸ De este modo, consideran estos autores, la indeterminación se reduce: sólo son crueles (en nuestro ejemplo) los comportamientos considerados crueles por los constituyentes.

No es preciso, por cierto, que esta posición provenga de un punto de vista escéptico acerca de la moralidad (no es el caso de Scalia ni de otros originalistas), puede que sea una estrategia que tiende a reducir la discreción de los jueces porque desconfía de la capacidad de los jueces de acertar en cuestiones morales.

Esta posición ha sido criticada muchas veces con los mismos argumentos que había sido criticada la denominada *interpretación subjetiva*: las conocidas dificultades de establecer plausiblemente cuáles eran las genuinas intenciones de los constituyentes, las intenciones de quiénes son relevantes (de los que votaron a favor, de los redactores...). Es más: aun en casos en donde es claro que no estaba en sus intenciones, como el coma punitivo, entonces ha de resultar excluido sin más argumentación. Y esto es muy implausible. Antes de la reforma reciente de nuestra legislación procesal civil, la vieja Ley de Enjuiciamiento (como la nueva) establecía que son inembargables los instrumentos necesarios para el ejercicio de un oficio, con esta doctrina de la interpretación hay que suponer que hasta el año 2000 los ordenadores podían ser embargados a un abogado, por ejemplo, dado que los legisladores del siglo XIX no podían pensar en ellos. Es más, es razonable creer que el legislador del año 2000 de la vigente *Ley de Enjuiciamiento Civil*, no considerara (porque todavía no habían sido creadas) las I-pad como objetos a los que se refiere el artículo 606.2: “Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada”. Pero un abogado podría argüir a favor de la inembargabilidad de I-pad de otro abogado demandado en 2012.

4. La solución está en las encuestas

Algunas veces se ha argüido que los jueces deben decidir cuál sea el contenido de expresiones como “tratos degradantes” no apelando a sus con-

8. Y su más ilustre representante tal vez sea el magistrado de la Corte Suprema Scalia 1997.

vicciones morales sino a cómo dichas expresiones son entendidas y usadas en la sociedad de la que ellos forman parte. Así se entiende algunas veces la referencia del artículo 3 de nuestro código civil a la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas.⁹ De este modo, se piensa, no caeremos como rehenes de la voluntad de los jueces.

El problema de esta concepción es doble: por una parte, en todas las cuestiones controvertidas la opinión pública acostumbra a estar dividida cuando no perpleja; por otra parte, si se quiere construir un punto de vista articulado, como parece exigible a los jueces y tribunales, entonces será imprescindible moldear las actitudes y creencias de la mayoría social para presentarlas en una doctrina razonable y ello, me parece, es ya indistinguible del razonamiento moral (Moreso, 2009, 192).

5. El positivismo jurídico excluyente (I)

Tomemos como tesis definitoria del positivismo jurídico excluyente la siguiente formulación de Raz (1979, 185) de la tesis de las fuentes sociales del derecho:¹⁰

Una teoría jurídica es aceptable sólo si sus criterios para identificar el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen exclusivamente de un conjunto de hechos de la conducta humana descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurrir a la argumentación moral.

Esta tesis puede ser aceptada por dos razones verdaderamente diferentes entre sí. Puede ser aceptada, en primer lugar, como consecuencia de una posición escéptica acerca de la moralidad conforme a la cual, dado que no hay pautas morales objetivas el derecho no puede incorporar la moralidad, porque no hay nada que pueda ser incorporado. Es una razón ontológica:

9. En Moreso (2009, ensayo 2) he defendido un modo ecuménico de objetivismo moral, compatible con diversos enfoques metaéticos.

10. Véase sobre este punto Endicott (2003).

la inexistencia de la moral objetiva es la razón de la no incorporación.¹¹ Y, obviamente, cuando se usan estos términos en los textos legales se remite a la discrecionalidad, no controlable racionalmente, de los jueces; de hecho, a la arbitrariedad. Para este tipo de positivismo jurídico, el originalismo o la deferencia a las actitudes de la mayoría son intentos, algo desesperados, de evitar la discreción judicial y restaurar algún grado de certeza.

La refutación de esta posición debería argüir a favor del objetivismo en moral. Esta es una cuestión más allá del alcance de este trabajo, sin embargo tal vez merezca la pena destacar aquí que no conozco a nadie razonable que sostenga que es correcto torturar a los niños para divertirse o que no es cruel la pena del saco.¹² En cualquier caso, me he de referir a ella más adelante.

6. El positivismo jurídico excluyente (II)

Ahora bien, el modo escéptico no es el modo más habitual de defender la versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales del derecho. El modo más habitual es el que ha venido defendiendo desde hace más de treinta años Joseph Raz (1979, cap. 3; 1994, cap. 9; 2004).¹³ Raz no es, en absoluto, un escéptico en materia moral; al contrario, considera que hay razones y, también, hechos morales. Considera, a su vez, que es falso que todas las proposiciones morales sean controvertidas (Raz 1994, 218).

El argumento de Raz es un argumento conceptual. Dicho ahora muy resumidamente, un rasgo definitorio del derecho es que pretende autoridad y pretender autoridad comporta la capacidad de suministrar, a los destinatarios de las normas promulgadas por la autoridad, razones que desplacen las razones a favor y en contra que ellos tienen de comportarse de determinado modo. Si el derecho incorporara pautas morales, entonces no podría pretender autoridad puesto que dichas pautas son válidas para sus destinatarios con independencia de lo que la autoridad establezca. Por lo tanto, por razones conceptuales, el derecho no puede incorporar el razonamiento moral.

11. Se trata de un argumento presentado en Moreso (2004).

12. Se trata de un argumento que se remonta a Moreso (2009, cap. 10).

13. Puede verse la distinción en estos términos en Bulygin (1982), Moreso (1997, cap. 3), Moreso-Navarro (1997) y Vilajosana (1998).

¿Qué sucede entonces, según Raz, cuando nos encontramos con estas expresiones valorativas en los textos jurídicos? Pues bien, sucede que los jueces gozan de *discreción* para completar o cambiar el derecho de acuerdo con la moralidad. Raz (1994, 310-324) distingue entre el razonamiento para establecer el contenido del derecho, sujeto a la tesis de las fuentes, y el razonamiento con arreglo al derecho, que puede requerir el recurso de los jueces a las razones morales.

Creo que hay razones para dudar de la plausibilidad de esta posición. Veamos el siguiente pasaje de Raz (1979, 75):¹⁴

Supongamos, por ejemplo, que según el derecho los contratos son válidos sólo si no son inmorales. Cualquier contrato puede ser considerado *prima facie* válido si se conforma a las condiciones “neutras valorativamente” establecidas jurídicamente para la validez de los contratos. La proposición “Es jurídicamente concluyente que este contrato es válido” no es ni verdadera ni falsa hasta que un tribunal dotado de autoridad determina su validez. Ésta es una consecuencia del hecho según el cual, por la tesis de las fuentes, los tribunales tienen *discreción* cuando son requeridos a aplicar consideraciones morales.

Si la versión raziana de la tesis de las fuentes implica que siempre que el derecho incorpora conceptos o consideraciones morales, entonces los jueces tienen *discreción* (como el anterior pasaje de Raz sostiene), entonces hay buenas razones para dudar de la plausibilidad de dicha tesis. Si A firma con B un contrato por el cual se obliga a asesinar a C antes de un mes, transcurrido el mes A no ha asesinado a C y B presenta una demanda contra A por incumplimiento contractual, ningún jurista diría que debemos esperar a la decisión del juez para saber si el contrato entre A y B es válido: el contrato entre A y B es nulo porque es inmoral, y los jueces no tienen *discreción* alguna en este caso. Del mismo modo, si una disposición constitucional prohíbe los castigos crueles y el legislador dicta una norma que establece, como en el Derecho Romano, la pena del saco. Podemos preguntarnos, ¿es esta pena cruel? Creo que todos reconoceríamos que se trata de un castigo cruel — también los romanos que, precisamente por ello, consideraban que era la

14. Véase sobre este punto Endicott (2003).

pena merecida para los parricidas— y que, por lo tanto, es inconstitucional. Aunque “cruel” es, sin duda, un término moral, “cruel” se aplica sin controversia ninguna a la *poena cullei*, no hay aquí espacio para la discreción.¹⁵

7. Interludio: pertenencia y aplicabilidad

Antes de presentar el modo, en mi opinión, en el cual el derecho incorpora la moralidad, voy a tratar de mostrar en qué sentido el debate entre el positivismo jurídico excluyente y el positivismo jurídico incluyente no es una mera cuestión de palabras.¹⁶

En la teoría del derecho positivista, se distingue algunas veces entre dos sentidos de *validez*: validez como *pertenencia* y validez como *aplicabilidad*. Una norma es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico S, si y sólo si es identificada como miembro de S por los criterios de la regla de reconocimiento de S. Una norma es válida, en el sentido de que es aplicable a un caso, si y sólo si existe otra norma, que es un miembro de S, que autoriza u obliga a los órganos de aplicación de S a aplicarla a ese caso.¹⁷ En el contexto de discusión entre el positivismo excluyente y el incluyente J.L. Coleman (1998: 404-405) plantea así la cuestión: ¹⁸

Una estrategia mejor descansa en la distinción que Joseph Raz destaca entre validez jurídica y obligatoriedad para los encargados de aplicar el derecho. Todas las normas jurídicamente válidas son obligatorias para los aplicadores del derecho, pero no todas las pautas que son obligatorias para los jueces son jurídicamente válidas, en el sentido de ser parte del derecho de la comunidad. Las leyes extranjeras, las normas de los clubs sociales como otros sistemas normativos generalmente pueden ser obligatorios para los aplicadores en ciertos contextos jurisdiccionales,

15. Se trata de un argumento presentado en Moreso (2004).

16. Se trata de un argumento que se remonta a Moreso (2009, cap. 10).

17. Puede verse la distinción en estos términos en Bulygin (1982), Moreso (1997, cap. 3), Moreso-Navarro (1997) y Vilajosana (1998).

18. Coleman (1998). El origen de la distinción en estos términos en Raz (1979, 101-102, 119-120); Raz (2004). Vd. también Waluchow (1994, 157), Shapiro (2008, 506) y Kramer (2000, 103-107).

aunque no forman parte del derecho de la comunidad 'huésped'. Los jueces pueden estar autorizados, incluso obligados, por normas válidas a aplicar tales principios. No necesitan ser parte del derecho de la comunidad a la que los jueces pertenecen para ser requeridos a apelar a ellas en el contexto de un proceso particular. De este modo, no se sigue del hecho de que los jueces puedan algunas veces ser obligados por ciertos principios morales que dichos principios sean ellos mismos parte del derecho o jurídicamente válidos.

Es decir, según esta distinción, es posible que un estándar moral no sea parte del Derecho y, sin embargo, sea obligatorio para los jueces decidir de acuerdo con él. En este sentido, un defensor de positivismo excluyente podría argüir señalando que la lectura restrictiva de la tesis de las fuentes sociales es la adecuada, aunque ello no impide que las pautas morales sean, algunas veces, obligatorias para los jueces. Podría añadir que no hay más razones para contemplar dichas pautas morales como parte del Derecho de las que hay para suponer que cuando una disposición jurídica prohíbe la construcción de edificios de más de diez metros de altura en determinada zona, o limita el peso al que determinados ascensores pueden ser sometidos a cuatrocientos kilogramos, el Derecho incorpora el sistema métrico decimal. Si bien este argumento puede convertir el debate entre ambos tipos de positivismo en un debate de palabras, esto es, en la adecuación de reconstruir el concepto de validez jurídica de una u otra manera, la tesis de la discreción judicial sigue siendo polémica. Y es así porque aunque no se incorpore al Derecho el sistema métrico decimal, las reglas (tal vez, constitutivas) de dicho sistema han de ser usadas por los jueces cuando deciden los casos a los que aplican normas que contienen expresiones que hacen referencia a tal sistema. Los jueces no tienen discreción en dichos casos. El problema que plantean las pautas morales es el de si son aptas para guiar el comportamiento de los jueces o, más bien, remiten a la discreción. Esta cuestión no puede ser resuelta por la distinción entre validez como pertenencia y validez como aplicabilidad.

8. La incorporación de la moral en el derecho

Según el positivismo jurídico incluyente es posible que la identificación del derecho dependa de argumentos morales, aunque también es posible

que no sea así. La conexión del derecho con la moralidad no es ni necesaria, ni imposible, sino que es contingente.¹⁹ Aunque esta cuestión suele vincularse con la de la posibilidad de que la propia regla de reconocimiento incluya razones morales entre los criterios de validez jurídica (como es claro en Hart, 2004), basta que tomemos ahora para nuestra discusión una tesis incorporacionista más débil (Leiter, 2002, 978): “las fuentes usuales del derecho –como las leyes y las disposiciones constitucionales– pueden incluir conceptos y consideraciones morales”.

Según dicha concepción, entonces, cuando las normas jurídicas incorporan conceptos o consideraciones morales, el derecho ha de identificarse mediante el uso de dichos conceptos y consideraciones. Y, por lo tanto, los jueces han de aplicar el derecho identificado mediante el recurso a la moralidad en los casos pertinentes. Así ocurre, según creo, en el caso de que los jueces hayan de decidir si determinadas sanciones son o no tratos inhumanos o degradantes: en dichos supuestos el razonamiento de los jueces deviene un razonamiento genuinamente moral.

Contra esta posibilidad se han presentado, en los últimos años, diversos argumentos.²⁰ Antes de analizar alguno de ellos, me propongo presentar las ideas de Nino al respecto, con la convicción de que su enfoque puede iluminar algunos aspectos de esta controversia.

9. Nino y el incorporacionismo

En un trabajo publicado póstumamente, (Nino, 1994), que recoge sus lecciones en un seminario largamente recordado en la Universitat Pompeu Fabra en Barcelona, Carlos Nino expuso algunas ideas que pueden ahora resultar iluminadoras para el debate que suscita la incorporación de la moralidad en el derecho.

19. Los precedentes de tal concepción pueden hallarse en Carrió (1971), Lyons (1977), Soper (1977), Coleman (1982) y Hart (1994). Las dos defensas más articuladas en Waluchow (1994) y Coleman (2001). Véase una presentación general en Himma (2002) y Moreso (2009, cap. 10).

20. Raz (1979, 2004); Ferrajoli (1989), Himma (que en Himma 1999 presentaba argumentos favorables al incorporacionismo) (2003, 2005, 2009); Bayón (2002a, 2002b); Dworkin (2006, 2011); Shapiro (2009, 2011); Marmor (2011). Algunos de estos argumentos son analizados en Moreso (2012).

Una primera contribución de Nino consiste en sostener, como después se ha dicho en repetidas ocasiones, que hay algunos sentidos en los que la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moralidad es una obviedad, que nunca ha sido cuestionada seriamente por nadie.²¹ En especial, Nino trata de mostrar lo que denomina una conexión justificatoria de carácter necesario (Nino, 1994: cap. 2): dado que lo jueces cuando deciden los casos deciden sobre situaciones relevantes para otros seres humanos, entonces los jueces están sujetos a la moralidad y las últimas razones para sus acciones sólo pueden ser razones morales.²² También, apelando al rechazo del esencialismo conceptual, trata de mostrar (Nino, 2004: cap.1) que hay una pluralidad de conceptos de derecho, algunos de naturaleza descriptiva y otros de naturaleza normativa, para algunos de dichos conceptos la tesis de la conexión necesaria es verdadera, para otros es falsa. Recientemente Ronald Dworkin ha sostenido también la pluralidad de los conceptos de derecho (Dworkin, 2006).

Ahora bien, en donde Nino (1994: cap. 3) se acerca más a la aceptación de la tesis incorporacionista es allí donde elabora lo que denomina la conexión interpretativa entre el derecho y la moral (Nino, 1994: 128): “el derecho no puede ser interpretado si no se recurre, en momentos cruciales de esa tarea interpretativa, a consideraciones de índole moral”. Nino sostiene que cuando debemos asignar significado a términos de valor sólo podemos hacerlo apelando a consideraciones valorativas de carácter moral. Con lo que cabe pensar que Nino consideraba la tesis incorporacionista una tesis verdadera al menos para algunos conceptos de derecho.

10. *Ethica more iuridico incorporata*

Aquí no he discutido un argumento que a menudo se expone (Raz, 2004, Shapiro, 2009, Bayón 2002b, Marmor 2011) contra la tesis de la incorporación. Un argumento que es, en realidad, una instancia del argumento de la pendiente resbaladiza: si el derecho puede remitir algunas veces a la moralidad, entonces puede hacerlo siempre y, de tal modo, el derecho perdería su capacidad de resolver los conflictos me-

21. Véase en este sentido el clarificador trabajo de Gardner (2001: 221-225).

22. Para este segundo punto véase el sugerente estudio de Atienza-Ruiz Manero (2001).

dian­te reglas claras, pú­bli­cas y accesibles a todos. La razón que justifica resolver nuestros conflictos mediante normas jurídicas es que dichas normas son pú­bli­cas, accesibles a todos y capaces de poner fin a las discrepancias que podemos tener acerca de cómo debemos comportarnos en determinadas circunstancias. Si las normas jurídicas y, en especial, las normas constitucionales remiten a consideraciones morales, entonces no disponemos ya de normas pú­bli­cas, accesibles y opacas a las razones subyacentes. Como a veces se dice, las normas jurídicas entonces no realizarían ninguna *diferencia práctica*. La tesis de la diferencia práctica puede formularse del siguiente modo: si las pautas jurídicas aplicables por los jueces remiten a pautas morales, dichas pautas no están en condición de motivar la conducta de los jueces, porque dichas pautas no añaden nada a las razones que los jueces ya tendrían, si fueran racionales, para actuar. En otras palabras, las remisiones del Derecho a la moralidad bloquean la fuerza normativa del derecho, lo convierten en inerte normativamente, en superfluo. Nino (1994: 130-132) se refiere a un argumento similar al anterior como la paradoja de la superfluidad del derecho.

Creo que esta crítica cede por las razones que fueron articuladas por Nino (2004: 140-147) y que consisten en concebir el razonamiento jurídico como estructurado en dos niveles. En el nivel más básico, debe considerarse si el derecho positivo que ha de ser aplicado goza de un nivel aceptable de legitimidad y aquí las razones morales tienen un papel muy importante que representar. En el segundo nivel, en cambio, si el filtro de la legitimidad se considera superado entonces el razonamiento jurídico, como dice Nino, está “constreñido” y en este nivel los aplicadores del derecho sólo pueden acudir al razonamiento moral cuando son autorizados a ello. Por esta razón las remisiones a la moralidad son limitadas y no conducen a que siempre en la aplicación del derecho interviene activamente la argumentación moral²³ y, en segundo lugar, que la diferencia práctica del derecho va de la mano de su estructura institucional.²⁴

23. Una posición según la cual si se acepta el incorporacionismo entonces no hay modo plausible de detener la invasión del derecho por parte de la moralidad en Orunesu, Perot, Rodríguez (2005).

24. Para este segundo punto véase el sugerente estudio de Atienza-Ruiz Manero (2001).

Muchos supuestos de aplicación del derecho son opacos a las razones morales subyacentes. Cuando un juez rechaza una demanda por hallarse fuera de plazo, lo hace sin acudir a la razón subyacente que justifica, por razones de seguridad, estabilidad de las expectativas y adecuado funcionamiento de la administración de justicia, el hecho de poner límites temporales a la interposición de nuestras reclamaciones jurídicas. Sencillamente la rechaza por estar fuera de plazo. El recurso a las razones morales ha de estar reconocido, de un modo u otro, por las razones jurídicas. Cuando, por ejemplo, la constitución española prohíbe, en su artículo 15, los tratos inhumanos o degradantes, habilita al Tribunal constitucional (el único competente para apreciar la constitucionalidad de las leyes, en España) a razonar moralmente cuando se le plantea, por ejemplo, si es constitucional la norma penitenciaria que niega a algunos presos las denominadas comunicaciones íntimas.

Este último ejemplo puede servir también para comprender cómo la estructura institucional del derecho es la que permite a las normas con consideraciones morales realizar una diferencia práctica, conservar la fuerza normativa. Me explico: si la denegación de las comunicaciones íntimas a determinados presos es una norma de rango reglamentario, entonces un funcionario de prisiones no puede acudir al razonamiento moral para aplicarla, para él la norma es totalmente opaca a las razones subyacentes. En cambio, un juez de vigilancia penitenciaria puede considerarla inconstitucional, y como tal nula e inaplicable. Si, en cambio, se trata de una norma con rango de ley, entonces el juez sólo puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad y es el Tribunal Constitucional el único competente para anularla. Es decir, en virtud de la estructura institucional dichas normas adquieren diverso peso normativo, tienen un grado de opacidad diferente para los diversos aplicadores del derecho. La incorporación de la moralidad en el derecho puede ser vista como el proceso de levantar progresivamente el velo de la opacidad de las reglas.

En resumen, la tesis incorporacionista es compatible con la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, puesto que el derecho incorpora pautas morales de manera contingente y dependiendo de cuál sea su contenido. Es también más apta para dar cuenta del indiscutible hecho de que nuestros textos constitucionales y legales, y también las decisiones de nuestros Tribunales, recurren a menudo al lenguaje de la moralidad. La tesis de la incorporación explica las razones, el alcance y los límites del espacio que la moralidad ocupa en la práctica institucional de creación y aplicación del derecho.

Entrevista al Prof. Dr. José Juan Moreso

*Juan Pablo Alonso**

Juan Pablo Alonso: Nos gustaría que nos cuente si es que ha tenido alguna experiencia con los profesores de filosofía del derecho de Argentina, y en particular, de esta Universidad de Buenos Aires.

José Juan Moreso: Muchas gracias por esta pregunta, y me siento honrado y feliz de contestarla. Sí, tengo una larguísima relación que tiene que ver con mi primera formación con la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Mi trabajo desde el principio estuvo muy influido por esta generación excepcional de profesores de filosofía del derecho que se formaron en torno de Ambrosio Gioja y Genaro Carrió en los años 50 y 60, y en especial, algunos de estos profesores me ha influido muchísimo en mi trayectoria. Muchísimo. Tal vez los dos que más han influido, aunque me podría referir a alguno más, son Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdés. Eugenio Bulygin y obviamente también Carlos Alchourron que por desgracia murió antes, y yo pude tener menos trato con él, pero tuve trato. Y también Carlos Santiago Nino que murió en 1993.

J.P.A.: ¿Cómo tuvo contacto con la obra de estos profesores argentinos?

J.J.M.: Bueno, mi tesis doctoral versó sobre un conocido filósofo inglés del siglo XVIII y XIX –Jeremy Bentham–, y a través de las cuestiones que estaban más relacionadas con la teoría general de derecho como también porque mi director de tesis doctoral, Rafael Hernández Marín, era una persona con gran formación en lógica deóntica y en teoría general derecho, me

* Doctor en Derecho, Universidad Pompeu Fabra. Docente de la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro del comité editorial de *Pensar en Derecho*.

fui inclinando a la lectura de los grandes trabajos de la filosofía del derecho argentina, especialmente *Normative Systems* de Alchourrón y Bulygin, que formaba parte de la formación de todos nosotros (los doctorandos españoles de la década de 1980). Para mí constituye un hito sin el cual es inimaginable mi trayectoria académica. Esto se vio reforzado porque en el año 90 hice una estancia en Buenos Aires, de tres meses, como una estancia posdoctoral podríamos decir ahora, antes no se decía posdoctoral, y trabajé más de cerca con Eugenio Bulygin y Carlos Nino en el Centro de Estudios Institucionales. Tuve la oportunidad, aunque estuvo un tiempo en Europa, en esos meses de trabajar también y tener relación con Carlos Alchourrón y con Ricardo Caracciolo, que en 1988 había estado en Barcelona y yo había asistido a uno de sus seminarios. Desde ese momento, mi trayectoria académica estuvo unida al magisterio de estas personas y también a las personas de mi generación que conocí en esa estancia, y que han sido después algunos colaboradores míos, coautores, en especial Pablo Navarro, sin ninguna duda, con el que he escrito no menos de doce trabajos, o Cristina Redondo, por supuesto, los discípulos directos de Caracciolo los conocí en una visita a Córdoba, pero también he tenido una relación excelente con alguno de los discípulos directamente de Carlos Nino, como por ejemplo, Carlos Rosenkrantz, Roberto Gargarella, Marcelo Alegre, que han sido personas unidas de toda la historia, después ellos han sido profesores visitantes en la Universidad Pompeu Fabra. Tu (Juan Pablo Alonso) también has estado en Barcelona y he tenido la fortuna de dirigir la tesis doctoral de una persona vinculada, a partir de entonces, con claramente esta escuela analítica de Buenos Aires y a Eugenio Bulygin.

J.P.A. ¿En general, esta experiencia personal con la filosofía del derecho argentino es una excepción o en toda España se considera a la filosofía del derecho argentina como una escuela importante?

J.J.M. La filosofía del derecho argentina fue fundamental para el desarrollo de la filosofía del derecho de las últimas décadas en España, fundamental digo, ya que sin ella no se entiende el gran desarrollo de la filosofía del derecho española. No ha influido igual en todas partes, porque también en España existen todavía personas que se consideran seguidores de la tradición más iusnaturalista rancia y no están en esta tradición. Pero yo tengo la siguiente opinión sobre este punto: lo mejor de la filosofía del derecho en la España en los últimos treinta años no es pensable sin esta influencia de la filosofía del derecho argentina. Por ejemplo, las obras de Manuel Atienza,

Juan Ruiz Manero, Francisco La Porta, Juan Carlos Bayón, estoy nombrando a algunos, no quiero dejarme a nadie afuera, muchos otros, personas muy valiosas, han sido claramente influenciadas por esta filosofía del derecho y yo me estoy refiriendo a lo que pienso que es lo mejor de la filosofía del derecho en España en estos años, y por supuesto al grupo de la Universidad de la que ahora soy Rector, de la Universidad Pompeu Fabra, y en virtud de uno de sus fundadores, que también murió lamentablemente joven, Albert Calzami-glia. Los filósofos argentinos fueron muy relevantes e influyentes, hasta el punto que Carlos Nino, Eugenio Bulygin, Ricardo Caracciolo, Ernesto Garzón han sido profesores visitantes en algunas épocas de su vida, su colaboración con la Universidad Pompeu Fabra ha sido de grado intensísimo.

J.P.A.: Cambiando de tema, ¿considera que la filosofía del derecho y los avances y los debates de la filosofía del derecho están recogidos por la jurisprudencia de los principales tribunales de España? ¿Cuál es la relación que considera que hay entre los avances de la filosofía del derecho y la praxis de un sistema jurídico concreto?

J.J.M.: Esto me ha preocupado muchas veces y no tengo una respuesta concluyente al respecto, pero pienso que la influencia es indirecta, aunque la hay –ahora desarrollaré la idea– y a veces por razones azarosas. No hay una forma clara, tampoco hay en España un modelo claro de formación de los jueces, entonces no hay una forma clara de influir directamente. Pero es indirecta y la responsabilidad está en ambas partes. Una parte es la formación de los jueces que acostumbra a hacer en mi opinión demasiado pegada al conocimiento del derecho, entendido como conocimiento de más textos, más textos, más textos y menos argumentación, y a los fundamentos de las diversas ramas del derecho, pero también responsabilidad nuestra, en parte porque muchas veces nosotros tenemos debates, y planteamos las cuestiones en términos que esos pueden ser comprendidos por alguien ya perteneciente a la comunidad jusfilosófica. Y lo deberíamos tener en cuenta. Tal vez, en España, la persona (y su grupo) que más ha hecho en esta dirección y ha tenido más influencia en cuanto a que los prácticos del derecho tomen en consideración la importancia de la argumentación jurídica y la teoría jurídica en general ha sido Manuel Atienza. En efecto, la obra Manuel Atienza ha tenido mucha influencia en muchos jueces, habiendo participado en algunos debates importantes en España, constitucionales, tanto con jueces como con profesores de diversas ramas del derecho. Por ejemplo, recuerdo un debate

importante con profesores de derecho público (importantes catedráticos de derecho administrativo) acerca del alcance de la discreción de los poderes públicos y el control que debe ejercer sobre ello el poder judicial (los jueces), debate que ha tenido mucha trascendencia. En ese sentido, Manuel Atienza ha mostrado, tal vez entre nosotros el que más, una preocupación especial y esto ha tenido resultados. Con lo cual, por eso decía, por ambas partes, no se puede esperar un resultado directo, por ejemplo que asumen tal doctrina jusfilosófica, esto no me parece que sea razonable esperarlo. Pero en cambio me parece que es razonable esperar que alguna forma de estructurar los argumentos, algún modo de articular las ideas tenga este carácter más atento a los problemas conceptuales, al fundamento de las argumentaciones. El primer Tribunal Constitucional Español, aunque no estaba formado por jusfilósofos *stricto sensu*, estaba formado por juristas que tenían más esta forma de trabajar y esto se nota en las sentencias de la primera década, los primeros 15 años del Tribunal Constitucional. Después, sin desmerecer a sus miembros, algunos de los cuales son profesores y magistrados insignes, esto no se ha conservado.

J.P.A. Bien y para ir finalizando, me gustaría preguntarle acerca de la investigación de los delitos cometidos durante el franquismo y cómo ve usted, comparativamente, el cambio que hubo recientemente en la investigación de los delitos de las dictaduras latinoamericanas, durante la década del 70.

Es un tema muy importante en mi opinión, que obviamente se ha mostrado en Latinoamérica muy relevante porque las dictaduras cometieron delitos contra la humanidad atroces, que dejaron una huella tremenda en todas estas sociedades. Esto también ocurrió, qué duda cabe, en la guerra civil española por ambas partes y después por parte de los vencedores, en una represión inusitada que duró tres o cuatro o cinco años de no sujeción a las reglas mínimas del Estado de derecho, de un modo realmente trágico. En España lo único que ocurre es que está más lejos en el tiempo y esto ha hecho que la herida no supure tanto, pero sigue estando el problema. Con relación a este problema estoy de acuerdo con las mediadas que se han tomado en general de revisión de la memoria histórica y de intentar establecer, digamos, las responsabilidades de aquellos que de este modo cometieron estas acciones, y de alguna manera, de este modo, resarcir a las víctimas de alguna manera. No obstante ello, y creo que es obligación de los juristas ha-

cerlo notar, esta intención de reparar a las víctimas algunas veces choca con nuestro ideal de Estado de derecho, porque esto debe ser posible hacerse de tal modo que no vulnere los principios básicos de presunción de inocencia, de no retroactividad, etc. de la legislación penal, y esto es muy complicado. Pero yo creo que si nosotros hacemos fuerza como juristas y logramos diseñar instrumentos de revisión de la memoria histórica, de reconciliación como a veces se ha dicho, porque también es necesario, y de resarcimiento de las víctimas que sean a la vez justas, en el sentido que pongan en claro que hubo víctimas y hubo verdugos, y esto quede claro, y a la vez sean respetuosas de los principios del Estado de derecho, que son una de las, digamos, más valiosas y preciadas conquistas de la civilización moderna, y de la modernidad, y que no tenemos que prescindir en este momento.

Fin de la entrevista.

Elogio académico al Prof. Giuseppe de Vergottini¹

*Alberto Ricardo Dalla Vía**

Señor Vicedecano, señor Secretario General de la UBA, señores miembros del Consejo Directivo, profesores, profesoras y estudiantes, señores y señoras:

En nombre de los profesores de esta Facultad de Derecho, vengo a solicitar a las autoridades de la Universidad de Buenos Aires, se confiera el “Doctorado Honoris Causa” al profesor Emérito de Derecho Constitucional de la Universidad de Bologna, Giuseppe De Vergottini; en reconocimiento por sus relevantes aportes científicos en esa materia, así como en el Derecho Constitucional Comparado, disciplina esta última en la que alcanza indiscutido y universal reconocimiento.

De 1981 data la primera edición de su célebre *“Diritto Costituzionale Comparato”*, manual sistemático sobre la materia que alcanzaría la octava edición en el año 2011, en la casa Editrice Antonio Mulino de Pádova.

* Juez de la Cámara Nacional Electoral. Doctor en Derecho y Doctor en Ciencias Políticas. Profesor Titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UBA. Director de la Maestría en Magistratura de la misma facultad. Miembro de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y de la Real Academia Española de Ciencias Morales y Políticas. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Director Honorario del Instituto de Ciencia Política y Constitucional y Miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Científica Argentina. Consejero Titular del CARI (PK). Autor de numerosos artículos y libros.

1. En el marco de la entrega del diploma de Doctor Honoris Causa de la UBA al Prof. Giuseppe de Vergottini el 26 de septiembre de 2012.

En 1983 y 1985 se realizaron dos ediciones en español, traducidas por el catedrático de la Universidad Complutense Pablo Lucas Verdú y, en 2004, el “Derecho Constitucional Comparado” sería publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México y en 2005 por la editorial Universidad, aquí en Argentina.

Su interés por los estudios de Derecho Comparado se refleja en una participación muy activa en el ámbito internacional en numerosos debates y congresos promovidos por la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, la Asociación Internacional de Derecho Comparado y la Asociación Internacional de Ciencias Políticas y Sociales. Recorre el mundo junto a su distinguida esposa Giuliana, que también esta noche lo acompaña

En 1974 obtuvo la cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Bologna, siendo también por muchos años, titular encargado del Curso de Derecho Constitucional Comparado.

Es conveniente situarse en la atmósfera de Bologna, en la Región de la Emilia-Romagna, en donde encontraremos la Universidad más antigua de Europa, creada en el 1088 por una agrupación de estudiantes encabezada por IRNERIO, cuyo mausoleo se destaca iluminando las noches de la Ciudad Medieval, cerca de ACURSIO y los demás glosadores y posglosadores, a quienes reconocen los taxistas y los hombres comunes. En Bologna, como en pocos lugares, se siente tanto honor y satisfacción de ser profesor de Derecho.

Durante la Edad Media, aquella Universidad denominada “ALMA MATER STUDIORUM” no solamente se destacaba por el Derecho Civil sino también por el Derecho Canónico. En este edificio, guardamos una pintura ubicada en el hall de entrada a la Sala de Profesores, que representa a GRACIANO, autor de la “*Concordia Discordantium Canonum*” de rodillas ante el Papa, a quien le está entregando las “*Decretales*”.

Atravesando los tiempos, se encuentra la Facultad de Derecho y el Instituto Antonio Cicu, en la Via Zamboni, partiendo de “*Le due torri*” más antiguas de la ciudad. Hay allí un bullicioso ambiente estudiantil en el que se nos ocurre imaginar mezclados a los alumnos DANTE ALIGHIERI, FRANCESCO PETRARCA y GIOVANNI PICCO DELLA MIRANDA y, entre los más cercanos destacados profesores, a UMBERTO ECCO, ROMANO PRODI y GIUSEPPE DE VERGOTTINI, cuyo elogio hoy realizamos en Buenos Aires con el hondo gozo de tan universales confluencias.

Referiré solamente algunos aspectos relevantes de su frondosa hoja de vida:

- Presidente Honorario de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional.
- Miembro del Consejo Directivo y Miembro Fundador de la Asociación Italiana de Constitucionalistas.
- Miembro de la Academia de Ciencias de Bologna y Presidente de la clase de Ciencias Morales y Políticas de la misma Academia.
- Miembro del Advisory Council de la John's Hopkins University de Washington, en donde ha conformado el "Centro de Estudios Constitucionales para el Desarrollo de la Democracia".
- Director de la colección del Centro Italiano per lo Sviluppo della Ricerca sobre temas de derecho extranjero y Comparado, habiéndose publicado hasta la fecha 32 volúmenes.
- Presidente del Comité Científico de la Asociación Sociedad Libre (Roma-Milano) y Director de la revista "Percorsi Costituzionali".
- Recibió el Doctorado "Honoris Causa" de la Universidad de Lisboa (2003) y de la Universidad de Atenas (2012).
- Es Miembro Correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Desde el miércoles pasado es también miembro correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

De Vergottini nació en la Toscana, en Pisa –*vicino a Firenze*– (se dice en italiano) es también un brillante abogado, ejerce la profesión en Derecho Constitucional y Administrativo ante la Magistratura Superior, con Estudio Jurídico en Bologna, en Roma y desde hace algunos años, también en Milán, en los que trabajan sus hijos Giovanni y Ricardo, también abogados, por supuesto.

Los palacios de Bologna son colosales, además de bellos. En la Piazza de Santo Stéfano está el Estudio Jurídico de nuestro homenajeado, en la Corte Isolana, accediendo por una "scala" irregular del siglo XVII. Allí, es posible ver en De Vergottini a un "príncipe del renacimiento", enseñando sus lecciones de derecho y de cultura por esas calles con recovas, de paredes color ocre y terracota.

Su actividad como investigador es notable, no solamente por la cantidad de temas tratados que demuestran una enorme capacidad de trabajo, sino especialmente, por la gran profundidad de los mismos. En muchos casos, sus libros, monografías y ponencias a Congresos, han sido referencias obligadas en materia de Derecho Constitucional.

Sus estudios sobre la Unión Europea, así como del funcionamiento del sistema y la oposición parlamentaria se encuentran entre los más destacados.

En la polémica entre “presidencialismo y parlamentarismo” –tan recurrente entre nosotros– iniciada en los 70 y principios de los 80 con los trabajos de Juan Linz y Arend Lipjard, ha señalado que más allá de los “paradigmas” estadounidense e inglés, en uno y otro caso, no existen modelos “puros” sino formas mixtas de semi-presidencialismos.

“Brevitatis causae”, citaremos sus últimos tres libros:

a) *“Las Transiciones Constitucionales”*, publicado en “Il Mulino”. Bologna. 1994 y traducido por la Universidad del Externado de Colombia. Bogotá en 2002, trata sobre las tendencias de los “modelos constitucionales” a partir de 1945, en especial del llamado “modelo constitucional liberal” y del “modelo constitucional socialista”, así como de los nuevos modelos.

b) *“Guerra y Constitución”* (Il Mulino. Bologna. 2004) trata sobre el concepto de “guerra preventiva” y la restricción a los derechos de libertad en orden a la consideración de la seguridad, no ya un preconcepto óntico u ontológico, sino como un derecho que se opone a otros derechos individuales. Los sucesos posteriores al ataque del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos, influyen en tal análisis como nueva doctrina.

c) Más recientemente, en 2011, publicó en “Cuadernos de Civitas” (en español), con prólogo del catedrático Javier Garcia Roca, el libro “Más allá del diálogo entre Tribunales”, en donde se presenta el nuevo fenómeno del traspaso cultural de categorías jurídicas en los estándares de decisión de los superiores tribunales.

En el año 2004, redactó el prólogo al libro “Derecho Constitucional” (Ed. Universidad), escrito por el suscripto en coautoría con los Doctores Daniel Sabsay, Roberto Gargarella y Antonio M. Hernández, con la partici-

pación de la Profesora Susana Albanese. En donde señaló, entre otras consideraciones que:

“Como en todas las obras humanas y manifestaciones de nuestra cultura occidental, el derecho Constitucional no puede excluirse de las profundas y rápidas transformaciones que caracterizan a los años preliminares del tercer milenio. En tal sentido, tanto la globalización como los procesos de integración política, así como la tendencia a la universalización de ciertos principios jurídicos, han impactado sobre las premisas tradicionales de los Estados Nacionales que dominaron la historia constitucional del siglo XIX y buena parte del siglo XX.”

“Otro factor determinante ha sido el grado relevante que han alcanzado las relaciones económicas en el contexto político, trasladándose esa problemática a las constituciones de los Estados, así como también podemos mencionar la crisis de la ley, la pérdida de protagonismo de los órganos parlamentarios a favor de los órganos ejecutivos, y la tendencia hacia una mayor judiciabilidad de las cuestiones políticas, la protección internacional de los derechos humanos, etcétera”.

Señor Vicedecano, Señor Secretario General de la Universidad, Profesores, Señoras y Señores. El doctorado honoris causa que solicitamos para el Profesor Giuseppe De Vergottini se funda en los relevantes méritos que he relatado y también se nutre del trascendente aporte de los juristas italianos a nuestra cultura, desde Roma hasta el presente.

No podemos concluir sin hacer referencia a los grandes constitucionalistas de Italia, muchos que tuve el privilegio de conocer y tratar como Paolo Barile, Paolo Biscaretti de Ruffia, Giorgio Lombardi, Antonio La Pégola, Alessandro Pizzorusso y Gustavo Zagrebelsky, todos ellos también, miembros correspondientes de nuestra Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

Los constitucionalistas italianos se remontan a nombres anteriores como Costantino Mortati y se nutren de los aportes que desde la Ciencia Política acercaran Norberto Bobbio y Giovanni Sartori construyendo la teoría de la democracia y reforzando el Estado de Derecho.

La brutal experiencia del fascismo en la primera mitad del siglo pasado, revalorizaría, a la luz de la libertad, el supremo valor de la Constitución. Como el Dante, en *“La Divina Comedia”*, que conoció primero el infierno para finalmente recorrer los círculos celestiales, arribando al paraíso.

Que sean sus versos el sonido final de esta “laudatio”:

*“La gloria di colui che tutto move
Per l’universo penetra e risplende
In una parte più e meno altrove*

*Nel ciel che più de la sua luce prende
Fuio, e vidi cose che ridire
Né san é puó chi lá su discende*

*perché, apesando sé al suo desire,
Nostro intelletto si profunda tanto
Che dietro la memoria non puó ire.”*

¡Muchas gracias!

Clase magistral del Doctor Honoris Causa de la UBA: Prof. Giuseppe de Vergottini*

Esta intervención se propone presentar algunas reflexiones sobre la libertad de información y sus limitaciones. El problema está relacionado con la *necesidad de conocimiento* que es preliminar y esencial para la construcción de una relación adecuada entre ciudadano y sociedad política. Sin conocimiento no puede haber pleno desarrollo de la persona. El conocimiento es instrumental a los derechos en todos los ámbitos (cultura, medio ambiente, salud, etc).

El tema no es ciertamente nuevo. Siempre ha sido objeto de atención y análisis por parte de los juristas que siguen la evolución de este derecho y sus límites a nivel nacional e internacional.

Al abordar el tema resulta necesario dejar claro cuáles son los contenidos que se consideran relacionados con la información relevante para el Derecho constitucional.

En este sentido, se debe empezar por decir que nos encontramos ante un concepto complejo. La información puede ser vista como una proyección

* Profesor emérito en Derecho Constitucional, Universidad de Bologna, Italia. Doctor “Honoris Causa”, Universidad de Lisboa y Universidad de Atenas. Presidente Honorario de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Directivo y Miembro Fundador de la Asociación Italiana de Constitucionalistas. Miembro de la Academia de Ciencias de Bologna y Presidente de la clase de Ciencias Morales y Políticas de la misma Academia. Miembro del Advisory Council de la John’s Hopkins University de Washington, donde conformó el “Centro de Estudios Constitucionales para el Desarrollo de la Democracia. Director de la colección del Centro Italiano per lo Sviluppo della Ricerca sobre temas de derecho extranjero y comparado. Presidente del Comité Científico de la Asociación Sociedad Libre (Roma-Milano) y Director de la revista “Percorsi Costituzionali”.

exterior de la forma de pensar y valorar un estado de cosas (desarrollo de la libertad de pensamiento) y se puede considerar el desarrollo activo de las opiniones de una persona (constituyendo un derecho de informar). Así que primero puede ser visto como un *desarrollo de la libertad de pensamiento* del ciudadano y de su divulgación al exterior de la esfera personal. Desde esta perspectiva, es reconocible el derecho a la libertad que se manifiesta a través de la información (*aspecto activo* de la información). El derecho a informar a los demás, al mundo externo al sujeto, asume una importancia particular en el contexto político: la difusión de las ideas y programas políticos es esencial para un correcto panorama caracterizado por el discurso político libre. Así, el uso de la difusión de información se convierte en importante para una dinámica fisiológica democrática.

Otro aspecto, igualmente importante también desde la perspectiva del funcionamiento de la democracia, es la posibilidad que tienen los ciudadanos de recibir libremente información de otros (*aspecto pasivo*).

Por último, sobre todo en tiempos más cercanos a nosotros, se ha hecho hincapié en la importancia de reconocer el derecho de toda persona a solicitar información en poder de las autoridades públicas, incluso en los casos en que no se ofrezca espontáneamente (*derecho de acceso* a los documentos, bancos de datos, etc.)

1. Libertad de pensamiento y sus ramificaciones tradicionales

La libertad de pensamiento y el derecho a manifestarlo de forma activa a través de los distintos medios de difusión son las piedras angulares del sistema liberal. Tanto en las relaciones interpersonales como en las relaciones más amplias que comprenden a los medios de comunicación y difusión que influyen en los comportamientos sociales y políticos con la formación de la opinión pública. Esta libertad se identifica de varias maneras con la libertad religiosa, de investigación científica, de enseñanza, objeto de disposiciones distintas de los instrumentos constitucionales y convenciones internacionales, libertades todas que se caracterizan por la libre elaboración y difusión de ideas, opiniones y conocimientos.

En los sistemas jurídicos inspirados en los principios liberales, esta libertad es la base de todo el discurso político. Es inherente al pluralismo ideológico que caracteriza el concepto mismo de la democracia liberal. Implica la diversidad de orientación cultural y política y la oposición de puntos

de vista en el país y en las instituciones, raíz del derecho a disentir y por lo tanto de la oposición política, incluso parlamentaria.

Esta libertad, que nadie niega abiertamente, se ve constantemente frustrada por la tendencia tradicional al conformismo que caracteriza a las relaciones sociales y políticas y sufre constantes amenazas por la tendencia hacia la estandarización de las conciencias que se ve facilitada por el control de los principales medios de comunicación tanto por las autoridades políticas como por parte de los agentes económicos en situación de monopolio u oligopolio.

2. Tendencias de desarrollo: entre libre manifestación del pensamiento y libertad de información o ser informado

En términos generales, los principios de los ordenamientos liberales siguen siendo en tiempos más recientes los mismos del pasado: libertad de pensamiento y de su difusión a través de diversos medios. La libertad de información consecuencia de la anterior comporta también la de recabar información y recibirla. Por lo tanto, es inevitable la tendencial mezcla entre la esfera de accionabilidad del derecho a expresar libremente las propias ideas y la libertad de informar y ser informado. Hay que añadir que los medios tradicionales de difusión (prensa, radio y televisión), sin dejar de ser vehículos imprescindibles de pensamiento y de opinión, en tiempos más recientes están acompañados por el desarrollo de la red, que ha llevado a la superación de los medios de información unidireccionales introduciendo modalidades interactivas mediante una tecnología que, por su concepción, tiende a escapar de los sistemas tradicionales de control público. Además, la tecnología informática ha permitido nuevas formas de acumulación de datos personales por parte de las autoridades públicas y del sector privado, suscitando nuevas exigencias de protección de datos personales. La reciente sociedad de la información implica, pues, nuevos desarrollos de un derecho antiguo y en los distintos ordenamientos es posible percibir, en función de los casos, el énfasis del interés del legislador por los variados problemas que surgen. Entre ellos se encuentra el tema de acceso a los datos de carácter personal.

2.1. Derecho a recibir información y a acceder a los datos

La conexión entre libertad de pensamiento e información y las garantías sea de la libertad de informar sea de la libertad de recibir e buscar informaciones son aseguradas por numerosas legislaciones (por ejemplo Reino Unido 2000 e Italia 1990) y jurisprudencias (sentencias de los Tribunales Supremos de Japón, India y Corea del Sur).

El derecho a recibir información del poder público y a acceder a los archivos y bases de datos asume ya un significado particular. Las más actualizadas previsiones relativas a éste se acumulan hoy en día con frecuencia con las declaraciones que se refieren a la formulación tradicional de la garantía de la libertad de pensamiento y de opinión y de difusión de información.

Así, por ejemplo, en el Reino Unido, la *Freedom of information Act* del 2000 ha regulado el lado pasivo de la libertad de información y, en particular, el deber del gobierno de asegurar un flujo constante de información sobre sus actividades en beneficio de los votantes y de los órganos de representación. Del mismo modo, la revisión de la Constitución austríaca de 1987, en el artículo 20 exige que las autoridades centrales y de los Länder proporcionen información a los ciudadanos. La constitución holandesa en el texto refundido de 1983, establece en el artículo 110 la transparencia de los procedimientos administrativos, pero no un derecho explícito de acceso, que será establecido por una ley especial en 1991.

El derecho de acceso tiene una larga historia, aun cuando en su último concepto se presenta como derecho relativamente reciente. En efecto, sus orígenes se remontan a 1888 en Colombia, con la aprobación del Código de la administración política y municipal, que permitía a los ciudadanos el derecho de solicitar documentos en poder de las autoridades públicas.

En Italia fue importante el momento reflexivo de la libertad de información a través de la regulación del derecho de acceso (Ley 241/1990), que otorgó a los ciudadanos el derecho a conocer los documentos en poder de la administración pública.

En 1969, el Tribunal Supremo de Japón dijo en dos sentencias importantes que *shiru kenri* (el “derecho a saber”) está protegido por la garantía de la libertad de expresión en virtud del artículo 21 de la Constitución.

En 1982, la Corte Suprema de India dijo que el acceso a la información en poder del gobierno es una parte esencial del derecho fundamental a la libertad de palabra y de expresión en virtud del artículo 19 de la Constitu-

ción: el concepto de un “gobierno abierto” es emanación directa del derecho a saber, que parece implícito en el derecho a la libertad de palabra y de expresión garantizado precisamente por el artículo 19 (1) (a). Por lo tanto, la divulgación de información relacionada con el funcionamiento del gobierno debe ser la regla y el secreto una excepción justificada únicamente si lo requieren estrictas razones de interés público. Esta jurisprudencia, por lo tanto, reduce el espacio del secreto (*SP Gupta v. Presidente de la India [1982] AIR (SC), 149, p. 234*).

En Corea del Sur, el Tribunal Constitucional falló en 1989 y en 1991 la existencia de un “derecho a saber” inherente a la garantía de la libertad de expresión en virtud del artículo 21 de la Constitución, y que en determinadas circunstancias los derechos pueden ser violados cuando el gobierno se niega a divulgar los documentos solicitados.

Muchas constituciones prevén en la actualidad expresamente el derecho de acceso. A título indicativo, y dejando de lado las provisiones de muchos de los países exsocialistas, que abundan hoy en día en normativas garantistas, recordemos las constituciones de España, 1978, art. 105; Bélgica, revisada en 1993, artículo 32; Finlandia, 2000, artículo 12; Noruega, revisada en 2004, artículo 100; Suecia, revisada en 1974, artículo 13; Grecia, revisada en 2001, artículo 5 A; Sudáfrica de 1996, artículo 32, Colombia, revisada en 2001, artículo 74; Ecuador, 1998, artículo 81.

3. Regulación de la libertad de información en pactos

Las diferentes orientaciones ideológicas presentes en los ordenamientos estatales se reflejaban claramente en el ámbito de los *instrumentos internacionales* que garantizan los derechos humanos. Los convenios contempla(ba)n el derecho a informar y ser informado, incluido el derecho a buscar información. A nivel universal fueron también influidas por las pautas que se establecieron en los ordenamientos socialistas y por lo tanto incluían la garantía legal en favor de los Estados para la protección de la soberanía con el fin de controlar en su territorio la circulación de informaciones procedentes del exterior. Esto permitía una alta tasa de protección ideológica. Como garantía de la soberanía que comportaba el rechazo de formas de injerencia externa, real o supuesta, existía el derecho del Estado a rechazar cualquier información que se considerara como una intervención en los asuntos internos que pudiera perjudicar la amistad y la paz entre los

pueblos. Citamos la Declaración universal del 1948, artículos 18 y 19, y el Pacto sobre derechos civiles y políticos de 1966, artículos 18 y 19.

La Declaración Universal de 1948, en el artículo 18 preveía la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. En el artículo 19, la libertad de opinión y de expresión, incluida la libertad de sostener la propia opinión y a buscar, recibir, difundir informaciones e ideas por cualquier medio y sin consideración de fronteras. Lo mismo hacía el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en los artículos 18 y 19, al tiempo que afirmaba de manera más bien analítica posibles restricciones susceptibles de establecerse por ley, derivadas del respeto a los derechos de los demás o necesarias por razones de seguridad nacional, orden público, salud y moral públicas. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, artículo 13, garantiza el derecho a buscar, recibir, difundir informaciones e ideas de todo tipo. El Acta Final de la Conferencia de Helsinki (1 de enero de 1975) se centró en la circulación internacional de la información y la información en cuanto libertad individual parecía marginal. Prevalecía, en consecuencia, la exigencia de las potencias socialistas de controlar la circulación de la información, pudiendo el Estado impedir la entrada de información no deseada quedando claramente afectado el derecho. Todos los instrumentos internacionales permitían y permiten varias limitaciones por motivos de seguridad, orden público, salud, moral, limitaciones que en las democracias liberales están sujetas a la condición de reserva de la ley y control jurisdiccional.

4. La libertad de información, de conformidad con los estándares comunitarios y convencionales (CEDH)

En lo que ahora nos concierne, debe interesarnos el alcance de los acuerdos internacionales relacionados con la normativa europea. En el espacio territorial europeo, la CEDH de 1950 preveía en el artículo 9 la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y en el artículo 10¹ la libertad de

1. CEDU - Artículo 10 . Libertad de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

expresión, que incluye la de opinión y la de recibir o difundir informaciones e ideas. Derecho a garantizar a cualquier persona sin interferencia del poder público y por encima de fronteras. Pero faltaba una ampliación explícita del derecho de recabar información. Estaba prevista la aprobación por la ley de medidas restrictivas “necesarias en una sociedad democrática” justificables por razones de seguridad nacional, integridad territorial, orden público, prevención, salud, moral, protección de los derechos de los demás, protección de la información confidencial, protección de la función judicial. Así que la Convención deja abierto un ámbito muy amplio de posibles restricciones.

Estos artículos se confirman casi textualmente en el artículo 10 y el artículo 11² de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la llamada Carta de Niza de 2000). El párrafo segundo del artículo 11 añade que “la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación debe ser respetada”.

Las fuentes europeas (tanto de la Unión como del ámbito del CEDH) tienden a asegurar una protección tendencialmente coherente. Entre otras cosas, para los Estados miembros del CEDH está emergiendo la

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

2. Carta de Niza - Artículo 10. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

Artículo 11. Libertad de expresión y de información

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

preceptividad directa (de relevancia) constitucional de las disposiciones de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Esto se puede hacer mediante la incorporación de la CEDH en el sistema de fuentes de rango constitucional (este es el caso del Reino Unido con la denominada *Human Rights Act*) o –aunque con las debidas distinciones que deben hacerse de un Estado a otro– bajo el impulso de jurisprudencia de importancia histórica (es el ejemplo italiano con las Sentencias de la Corte Costituzionale 348 y 349 de 2007). Además, la UE, con el Tratado de Lisboa, ha previsto su adhesión al CEDH y por tanto en el futuro resultará inevitable desarrollar en paralelo las exigencias de la Carta de Niza y el CEDH. Partiendo de ese reconocimiento se puede dar una visión general de los estándares de protección en el ámbito del *European Law* (es decir, tanto de la Unión como convencional CEDH).

El TEDH define la libertad de expresión como un *qualified right*, lo que significa que la restricción de la misma puede ser considerada legítima si, y sólo si, se respeta el principio de proporcionalidad (en definitiva, es una protección menor que la de los derechos llamados absolutos, pero más “rigurosa” de la llamada “ponderación”). La jurisprudencia de Estrasburgo es particularmente significativa, especialmente por cuánto concierne la garantía de la expresión del pensamiento político a través de la información. Por lo tanto tienen que ser asegurados pluralismo y tolerancia, sin los cuales no hay sociedad democrática (*Handyside v Reino Unido*, 1979 y *Lingens v Austria*, 1986).

El caso principal que delimita el contenido fundamental del derecho que comentamos nos lo ofrece el Tribunal de Estrasburgo. En la Sentencia *Handyside v Reino Unido*, serie A n.º 24, (1979) 1 EHRR 737, el Tribunal sostuvo que: “Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man (...) it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb (...) such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”³. El Tribunal, como es

3. “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el de-

lógico, le da un peso diferente a las diferentes manifestaciones (concretas) de la libertad de expresión. Cree que la manifestación que se debe considerar más importante es el *political speech*.

La máxima amplitud de la libertad de prensa se reconoce en efecto en el caso de la crítica política, y esto porque se tiene en cuenta el interés general preeminente en la corrección y la transparencia de la acción administrativa y política. Más específicamente, se ha reconocido que “la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira al Convenio. Por consiguiente, los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político *considerado como tal* que cuando se trata de un mero particular: el primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante. Ciertamente, el artículo 10.2 permite proteger la fama ajena, es decir, la de todos. El político disfruta también de esta protección, incluso cuando no actúa en el marco de su vida privada, pero en este caso las exigencias de esta protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas”. [TEDH, sentencia del ‘08 de julio 1986, *Lingens c. Austria*]⁴.

El artículo 11 de la Carta de Niza se titula “libertad de expresión e información”. Su contenido dispositivo representa la repetición de la regulación contenida en el art. 10 CEDH. No sólo. Con base en el art. 52, párrafo 3 de la Carta, este derecho tiene el mismo alcance y el significado de lo previsto por el CEDH. Por tanto, las limitaciones no podrán sobrepasar las del art.

sarrollo de cada el hombre (...) es aplicable no sólo a la “información” o “ideas” que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a las que ofenden, chocan o inquietan (...) tales son las exigencias del que el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una “sociedad democrática”.

4. “*la libertà di stampa costituisce uno dei migliori mezzi per conoscere e valutare le idee e gli orientamenti dei dirigenti politici: pertanto i limiti della critica esercitabile nei confronti di essi sono più ampi di quelli relativi ai semplici privati; anche gli uomini politici fruiscono della tutela della loro reputazione, non soltanto nella sfera privata, ma in questo caso i doveri connessi a tale protezione vanno bilanciati con gli interessi collegati alla libera discussione sui problemi politici*” [Cedu, sentenza dell’ 8 luglio 1986, *Lingens c. Austria*].

10, párrafo 2 del CEDH, salvo las restricciones que el Derecho de la Unión Europea en materia de competencia puede aportar al poder de los estados para establecer regímenes de autorización conforme al art. 10, párrafo 1, del CEDH. El apartado 2 del art. 10 aclara cuáles son las consecuencias del primer párrafo en relación con la libertad de los medios de comunicación.

5. Tendencias

Las convenciones internacionales y numerosas constituciones contienen por tanto regulaciones aparentemente estimulantes: la libertad de información en sus diversas formas parece alcanzar su meta. Las prácticas administrativas, y a veces las leyes, sin embargo, dicen algo muy diferente.

En este sentido, más que una verificación de las normas y la jurisprudencia, que podría llevar a una representación falsa e ilusoria de la realidad, es útil leer los informes de organizaciones humanitarias. Entre éstos, los informes de *Freedom House (Freedom in the World 2011)* parecen bastante indicativos. Las restricciones al derecho de libre expresión del pensamiento en todas partes se incrementó en un contexto global de limitaciones de todo tipo e incluso de represiones violentas.

Cabe señalar que las tendencias pueden ser coesenciales a la connotación no democrática del ordenamiento (China, Irán, *de facto*, la Federación Rusa, parte del mundo árabe); o pueden configurarse como limitaciones geográficamente transversales, impuestas incluso a ordenamientos que podemos considerar democráticos por contingencias constitucionales particulares (por ejemplo, emergencia terrorista).

Acerca de las restricciones que hemos llamado coesenciales, hemos mencionado los casos de China e Irán, pero también de Rusia y de los países árabes.

En cuanto a aquellas que presentan carácter excepcional recordemos las consecuencias de la emergencia del terrorismo en los países del euro atlántica, con especial referencia a los Estados Unidos.

En otras palabras, la codificación formal de la libertad de expresión no es suficiente para garantizar su protección, sin embargo, no puede haber ninguna duda de que la libertad de expresión se ha convertido en una condición esencial para la participación efectiva del individuo en la sociedad y la política de su país.

La eficacia de esta libertad puede ser vista a través del espacio y el tiempo.

5.1 Tendencias en las diferentes áreas geopolíticas

¿Cuáles son las tendencias actuales? Sólo podemos hacer alguna referencia posponiendo para mayor amplitud al texto escrito.

a) Área euroatlántica

El área euroatlántica se compone de los sistemas democráticos en los que la libertad de información en sus distintos aspectos ha sido y es asegurada en su grado máximo. Aunque con sus límites tradicionales (piénsese en la regulación del secreto) y aunque es inevitable recordar que en una democracia “protegida” como la alemana el conocido artículo 18 GG preveía la exclusión para quien abusase del derecho a la libertad de pensamiento con el fin de luchar contra el ordenamiento liberaldemocrático.

Continuando con la perspectiva de las posibles limitaciones, chocan dos tendencias opuestas. Una privilegia de manera tendencialmente absoluta el derecho a la libertad y se opone a los límites. Incluso manifestaciones ideológicamente opuestas y negadoras de los valores liberales deben ser permitidas, con el único límite de la prohibición del uso de su promoción violenta. En este sentido se sitúa la lectura de la Primera Enmienda de la Constitución de los EE.UU. por el Tribunal Supremo, como indica su jurisprudencia, incluyendo la muy conocida sentencia según la cual el acto de quemar la bandera no constituye delito de desacato, en cuanto expresión de la libertad garantizada por dicha disposición [*Texas v Johnson* (491 EE.UU. 397 {1989})]. El razonamiento del Tribunal, marcado por la tolerancia, implica que si la adhesión a los principios del sistema constitucional se basa en el reconocimiento de las libertades, el uso concreto de éstas no se puede decir que las vulneran, sino que las fortalecen. La otra tendencia más generalizada, por el contrario, admite límites y leyes represivas en casos justificados, como resultado de una evaluación comparativa con otros derechos y valores protegidos por la constitución.

b) América Latina

Prácticamente la generalidad de las constituciones garantiza la protección amplia de la libertad de información.

La Convención Americana, como se mencionó, se sitúa en esta línea.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha pronunciado de una forma efectiva en este sentido. En un Dictamen Consultivo de 1985, interpretando el artículo 13, reconoció la libertad de información como un derecho humano fundamental, que es importante para una sociedad libre como la libertad de expresión. La Corte explicó que aquellos a los que se aplica la Convención tienen no sólo el derecho a expresar sus pensamientos, sino también el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. En este sentido, es un derecho individual que pertenece a todos. El segundo aspecto de la misma, por otro lado, implica un derecho colectivo a recibir cualquier información y a tener acceso al pensamiento expresado por otro.

En la conocida Sentencia *Barrios Altos-Chumbipuma Aguirre et al. v Perú*, de 14 de marzo de 2001, párr. 45, la Corte confirmó la obligación del Estado de proporcionar acceso a la información.

Pero no hay que olvidar que el régimen legal vigente en Cuba es una reproducción perfecta de la constitución estalinista y por tanto en ese país sigue manteniendo el principio de información de régimen. Además, hay tendencias limitadoras en diferentes países (Honduras, Guatemala, Nicaragua) y en particular en Venezuela debido a la orientación autoritaria imprimida en el país por el actual presidente.

El 2 de julio de 2009, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-417/09, declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 224 del Código Penal afirmando que el ejercicio de la libertad de expresión no puede ser un delito penal en los casos en que la información proporcionada es exacta o se basa en hechos reales. La garantía de la libertad de información y expresión debe garantizarse aun si la persona es absuelta; y esto sobre todo si las personas involucradas o los hechos de que se trata son de importancia pública. *Ex adverso* se socavaría gravemente el derecho a la libertad de información, la cual es reconocida en virtud del art. 20 de la Constitución colombiana.

c) El mundo de la descolonización

En los ordenamientos de los países de *reciente independencia* salidos de la descolonización y en vías de modernización bajo la influencia occidental o socialista soviética la libertad de información está completamente subordinada al problema de asegurar a los Estados un dominio de los medios

de comunicación mediante la superación de la brecha tecnológica que los separaba de los países industrializados. El derecho individual permanece totalmente marginado en relación con las necesidades colectivas de las que los Estados eran portadores.

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981, en particular en el artículo 9, reconoce el derecho a recibir informaciones y a expresar sus opiniones dentro de la ley, sin que se mencione el derecho a informar y buscar información. Se da prioridad al aspecto pasivo con el fin de facilitar el desarrollo social y cultural.

d) El gran cambio en el Este

Tras el colapso del imperio soviético todas las constituciones de Europa oriental han reconocido la libertad de pensamiento y expresión, la libertad de los medios de comunicación y la libertad de acceso a la información. Pero en países como Rusia y Ucrania, aunque en las constituciones se garantiza la libertad de expresión e información, la práctica dista mucho de cumplir las normas establecidas en las disposiciones constitucionales. En Rusia, los más evidentes son los límites que existen para el ejercicio del periodismo, con formas de represión que involucran a las autoridades públicas sin que el recurso a los jueces haya sido capaz de ayudar a aclarar varios casos de intimidación e incluso el asesinato de representantes del mundo de la información.

e) *China* ha desarrollado un sistema especial que combina una liberalización parcial económica con un sistema político basado en el leninista de partido único que mantiene un estricto control sobre los medios de comunicación. Y ha dedicado recursos impresionantes a la censura en Internet, la supresión de las minorías, y la eliminación de todas las formas de disidencia política. En 2011, las autoridades llevaron a cabo una gran campaña de represión, censurando la discusión pública del movimiento por la democratización árabe, persiguiendo y manteniendo arbitrariamente detenidos a decenas de comentaristas de medios sociales y abogados involucrados en la defensa de los derechos humanos y el fortaleciendo la censura en línea de los proveedores de servicios de redes sociales.

f) *En los países de Constitución islámica*, la libertad de información sufre serias limitaciones. La Constitución de Irán de 1979, por ejemplo, pre-

ve fuertes límites a la libertad de expresión, basados en razones ideológicas. La libertad de prensa y de radiodifusión sólo se permiten si se ajustan a los principios del Islam y de orden público; y tales limitaciones alientan, por lo tanto, la represión policial y las diversas formas de censura de todas las comunicaciones. En el norte de África, a pesar de la reciente ola de democratización, existe el riesgo de que la libertad de expresión no reciba una protección completa. Túnez, después de retirado formalmente los límites a la libertad de la prensa, parece ahora garantizar las libertades civiles y el respeto al Estado de Derecho; por el contrario, en Egipto y Libia, poco progreso se ha hecho y en los dos países las reformas democráticas son todavía muy lentas. De hecho, en Egipto, los miembros militares del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (SCAF) han mostrado cierta hostilidad hacia la libertad de los medios de comunicación, mientras que en Libia, a pesar de la muerte de Gaddafi, parece lejos de emerger incluso un status predemocrático.

6. La red como una herramienta de información política, de ciudadanía activa y de resistencia

La red, por su naturaleza, escapa a los penetrantes controles de una censura completa. Además, su potencial es verdaderamente notable, porque, en principio, podría ser utilizado como un medio de información activa o pasiva por cualquier persona que desee. Estas características propias del instrumento se definen sin embargo de diversas maneras en función de las diferentes condiciones político constitucionales en las que opera. Baste pensar en algunos casos paradigmáticos. En Estados Unidos de América, caracterizado históricamente por la falta de ejercicio considerable (especialmente juvenil) del derecho a votar, pero también caracterizado por el uso generalizado de la tecnología, la red, en la dimensión de *social networks* como *facebook* o *twitter*, ha sido una herramienta de participación en la información política, por tanto, de ciudadanía activa.

En otras coordenadas políticas y constitucionales, como en Irán y China, la red ha sido en cambio una especie de zona franca a través de la cual informar y ser informado, permitiendo a los individuos y grupos para jugar un papel de oposición difusa en la lucha contra la represión policial de las actividades informativas por parte de regímenes liberticidas.

6.1 *Habeas data*

La propagación de la tecnología de la información se ha traducido en una actualización de los contornos tradicionales de libertad de información que ahora incluye su uso y, en particular, a través del uso amplio de Internet, ha difuminado la distinción tradicional entre comunicación que afecta a un número limitado de sujetos y difusión generalizada de mensajes. Uno de los aspectos innovadores de la *libertad informática* es la recogida de datos en sus bancos específicos, consulta y difusión, y control de los mismos. Algunas constituciones y casi todas las legislaciones más actualizadas han llevado a cabo esta adecuación.

Las operaciones de revisión constitucional han conducido a la introducción en la Constitución argentina del derecho de *habeas data* (artículo 43) que habilita para exigir el conocimiento de los datos relativos a la persona detentados por autoridades públicas y también por particulares y si es necesario para reclamar la rectificación o eliminación, cuando sean falsos o perjudiciales. No es distinto lo previsto por la Constitución de Brasil de 1999 (artículo 5), por otras constituciones (Guatemala, Colombia, Perú, Venezuela, Paraguay) y por numerosas fuentes infraconstitucionales en diferentes países de América Latina donde el *habeas data* se ha convertido en instituto compartido.

Leyes sobre libertad de información, que contienen por lo general las reglas sobre acceso, han surgido en muchos países que cuentan con sistemas jurídicos basados en los principios liberales. Entre ellos: Estados Unidos (1967), Francia (1978), Australia, Nueva Zelanda, Canadá (1982), Irlanda (1997), India (2000 y 2005), Japón (1999), Israel (1998), Sudáfrica (2000), Alemania (2005).

7. Información sobre medio ambiente

Los últimos años han visto crecer la atención por la información ambiental. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), en el artículo 10 prevé el acceso a la información ambiental. El Convenio de Aarhus (1998), la prevé en su artículo 4. La Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990 y la Directiva 2003/4/CE, de 28 de enero de 2003 han regulado el acceso del público a dicha información. Las repercusiones en los sistemas estatales es evidente, ya que los Estados están

obligados a adoptar sus propios reglamentos de aplicación. En la práctica, la mayoría de las disposiciones en materia de acceso a los documentos en poder de las autoridades públicas se refiere a la materia de medio ambiente.

8. Observaciones finales

Para entender correctamente el significado de la libertad de información se debe tener en cuenta que la información está orientada al conocimiento. El conocimiento es el propósito y la motivación primera del acceso a la información.

Los seres humanos somos criaturas predisuestas al deseo de saber. Como escribió Aristóteles en la *Metafísica*: “Todos los seres humanos tienen por naturaleza el deseo de conocimiento.” Una vida privada de un acceso adecuado a la información y el conocimiento es una vida tremendamente empobrecida. El conocimiento no sólo es bueno en sí mismo, sino que es esencial, incluso en sentido utilitario, que las personas tengan acceso a la información, a fin de responder adecuadamente a sus necesidades o llevar a cabo planes y metas en la vida. En este sentido, el conocimiento es lo que John Rawls (1971) ha llamado “bien primario”, es decir, es un bien que es útil para cualquier persona, sea cual sea su proyecto de vida o su concepción del bien. Por último, el acceso a la información es un requisito previo para el ejercicio efectivo y para la garantía de protección de los propios derechos.

En este sentido podemos decir que estamos pensando en un auténtico derecho. Es evidente en efecto, que en la afirmación de que las personas tienen derecho a acceder a la información, se contiene que tienen derecho a acceder a informaciones de calidad. Hay varias dimensiones de la calidad de la información, incluyendo la exactitud, integridad y comprensibilidad.

Si el acceso a la información es un derecho fundamental, por lo tanto, no es simplemente una libertad negativa, sino también es un derecho social.

De hecho, el interés fundamental de acceso a la información puede ser adecuadamente protegido si se entiende en el sentido de que incluye también un derecho social que impone obligaciones positivas a los gobiernos y las personas para que se asegure a la gente la información y los conocimientos necesarios.

Es necesario ir más allá del concepto de los derechos de propiedad intelectual como derechos negativos de libertad, que pueden ser protegidos sin la interferencia de los gobiernos. Dada la importancia del acceso a la

información para el ejercicio de los demás derechos, el derecho a la información debe ser entendido como un derecho social, que exige a los gobiernos (y quizás las personas) el deber de proporcionar a las personas con una información adecuada.

Por último, hay que añadir que el acceso a la información resulta ser un requisito previo para el ejercicio de los restantes derechos. Acceso a la información, pues, como un derecho instrumental esencial.

No es difícil imaginar en efecto lo inútil que será el ejercicio de muchos derechos si no se tuviera acceso a informaciones cruciales. Necesitamos acceso a la información sobre una amplia gama de temas, con el fin de adquirir la capacidad de ejercer la mayoría de los otros derechos que nos pertenecen. Por ejemplo, si no se tiene información básica sobre los candidatos de las elecciones, su posición, su experiencia y sus acciones, el derecho previsto en el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (“Toda persona tiene derecho a participar el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”) no tendría sentido. No se puede emitir el propio voto, si no se tiene la información necesaria para tomar decisiones informadas y motivadas. Estos derechos son, por tanto, interdependientes: no podemos ejercer nuestros derechos políticos si no tenemos derecho de acceso a la información.

La caja negra del derecho en el almacén de tesis. Reseña de *La Corte Suprema en escena*, de Leticia Barrera* (Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2012)

*Claudio Martyniuk***

i. ¿Acaso todavía sea posible esperar estudios doctorales originales? ¿De dónde provendría la posible originalidad?, ¿de los márgenes y distancias, de exóticas experiencias de extrañamiento? ¿Pero esos ejercicios de distanciamiento no se han registrado una y otra vez, hasta obrar en los mapas y las actas, en el almacén de tesis?

ii. La burocratización del trabajo de investigación implica una forma, si se quiere metafórica, de judicialización –por cierto, no la imaginada por Kant bajo la figura del tribunal de la razón; tampoco la judicialización estricta que implicó al proyecto de tesis doctoral de Leticia Barrera en la Universidad de Cornell, basado en una etnografía de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, institución que abrió un expediente a partir del pedido de consentimiento informado de la sede doctoral–, expresada en las diversas

* Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Cornell, Estados Unidos. Magister en Desarrollo Económico en América Latina en la Universidad Internacional de Andalucía, España. Becaria posdoctoral del CONICET, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja de la Facultad de Derecho, UBA. Docente de posgrado en la Universidad de Palermo. Ex becaria Fulbright, del Programa ALFA-EUROCONOSUR de la Unión Europea y del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Tucumán.

** Profesor de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, UBA y de Epistemología de las Ciencias Sociales Facultad de Cs. Sociales, UBA.

instancias de evaluación. El acceso a becas, subsidios y reconocimientos, el acceso a la investigación no es democrático. Y en el apilar tesis se pueden advertir cordilleras de cooptaciones, proyecciones, ratificaciones, mecánicas de reafirmación de lo mismo, de los mismos. ¿Cómo, entonces, bajo el magnetismo, en la captura de este imán convergente puede emerger la divergencia, apenas una tematización o una problematización que escape de la variación previsible?

iii. Dos tesis de la Facultad de Derecho, UBA, son útiles en la tesis de Leticia Barrera (“La Corte Suprema en escena”): las de Enrique Marí (“La teoría de las ficciones en el derecho, la filosofía y la literatura”, 2001) y Enrique Kozicki (“Hamlet, el padre y la ley”, 2003), tesis propias de una *ciencia jovial*, en las antípodas de las tesis crepusculares de tantos jóvenes becarios: ambos textos, los últimos actos académico-intelectuales de Marí y Kozicki, comparten un perfil de plan de tesis que en muy poco tiempo se ha vuelto extraño. Esas tesis, lejanas en el espacio en el que se desarrollaron, vuelven apropiadas en otra tesis, y el aura de ejemplaridad de la escuela de derecho norteamericana parece puntuar como “evidente” la aceptabilidad de una etnografía de los expedientes y de la escenificación cortesana. Mientras aquellas tesis se exotizan, la tesis que se conforma y consiente en cada expediente de tesis suele reafirmar a los objetos de conocimiento, a los sujetos de saber, a los conceptos reconocidos: tesis a tesis, se declama la adhesión a un pilar regulativo de la racionalidad moderna, a la vez que se lo deniega en la práctica del conocer: se hace extraña la tarea kantiana y husserliana, la reflexión filosófica sobre los límites, la ejercitación de la racionalidad como crítica persistente de la razón sobre sus obras y su obrar, como trabajo de la negatividad, como mimesis y promesa de felicidad. La tesis, desde la inscripción hasta la titulación, se hace burocracia y papeleo, despacho, comisión, evaluación; se normaliza y disciplina, se disemina y almacena (un miembro de una comisión de doctorado cualquiera –hasta el suscripto, miembro de la comisión de doctorado de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA– podría decir que el doctorado, fábrica de redundancia inflacionaria, es un “almacén de ramos generales”). ¿Qué reconoce, entonces, la titulación, el doctorado, más que la filiación, el artificio de afiliar, de inscribir hijos en la familia académica? Una apelación: quizá más que la proyección de escasos ejemplos, la paradoja pragmática en que incurre esa proposición obligue a borrarla del acto y del acta, o puede llevar, por lo menos, a cancelar, dejar en suspenso lo recién afirmado.

iv. ¿Qué interés articula el interés académico? ¿Acaso alcanza la entidad de lo público? Podría decirse –en vano, claro, en el espacio de lo más banal– que toda tesis es política. ¿Pero una tesis puede salir de su espacio, el archivo que la almacena, y sin traducción llegar a otro lugar, a la esfera pública? No hay obstáculo, se dirá. Aunque la escritura sea el obstáculo. Un tono se reconoce en las tesis, es la tonalidad de la especialización. Si la tesis es un ejercicio de especialización –esa especialización podría señalarse como propia de la expectativa académica–, por ese refinamiento se fija el resultado, la calificación. Pero la esfera pública se hilvana desde la suspensión del interés especializado. Entonces la tesis en la esfera pública, ya libro publicado, localizado en los estantes de las librerías, circula como traducción de los intereses especializados al supuesto interés público por el conocimiento –y aquí interesa, en la esfera pública, el trabajo que se hace en esa fábrica de derecho llamada Corte Suprema–. Quizás la tesis, cuando no tiene el destino de máquina, de intervenir en la producción de artefactos, de ser una pieza o engranaje en algún dispositivo técnico, no pueda más que ser periodismo. Información, mercancía también, fetichismo de esta mercancía/tesis que recorre como un espectro el mundo, lo va poblando de juicios racionales, de mentes racionales: ¿pero acaso las tesis enderezan creencias? ¿Podemos concebir a las tesis doctorales, o por lo menos a las publicadas, como militantes, integrantes de una van-guardia, un partido metafísico correctivo? Quizás el interés estético, que Kant caracterizó como interés desinteresado, ayude a comprender la tesis como finalidad sin fin, como finitud donada a un interrogar sin fin, donación archivada, musealizada. Más papeles para el almacén: tesis, libros, diarios si logran salvar su destino de pasta de papel.

v. No hay movilización del mundo sin tesis. La tesis registra, traza cursos –uno de ellos es la revolución, en ese sentido se habla aún de “revolución copernicana”. En los cursos, en el camino de la tesis se construyen espacios y temporalidades, se constatan rupturas, emergen formas –en el campo de las “humanidades”, la forma es literatura, es estilo testimonial, es uso austero del lenguaje, empleo de las metáforas más despojadas de subjetividad, es literatura del no-yo, es literatura naturalista, retórica objetivista y empirismo salvaje, es ficción en la que el objeto se describe y conceptualiza por sí, como una fenomenología en la que la cosa misma se autoobjetiviza y autoanaliza ante la memoria, el cuaderno, la pantalla y todos los espejos de la naturaleza

dispuestos por el investigador—. ¿Por qué llamar método si es forma, retórica? La tesis se hace a veces interrogando, se hace eslabón de una cadena de tesis, es medio de información, término medio entre el presente y el futuro. La tesis extiende redes, podría decirse que la tesis construye, pero el construir parece una trampa que resulta construida por los tesisistas –como también su reverso, el naturalismo—. La movilización entonces, ya en el fin de la era de las grandes revoluciones (en la política, el arte y la ciencia), tiene una caja de herramientas dotada de microteorías y se dirige a abrir cajas negras, a destapar cajas de Pandora, con suavidad y sutileza, con profesionalidad. ¿Se ha extraviado la macroteoría? El movimiento carece del mirar intenso propio de la teoría, esa intensidad violenta ya es miasma, pestilencia impuesta, no aroma auténtico, delicadamente perfumado con citas. La caja de herramientas se usa para ingresar a la caja negra: la perspectiva es internalista. La tesis se encamina, avanza en su campo comprensiblemente indiferente a lo ideológico y lo político, dejados afuera. Pero acaso ninguna tesis podría sostener su movimiento sobre un suelo abonado por el rechazo radical a la filosofía –ni aún si se admitiera una fotografía como tesis–, ya que se trata de la instancia en la que se pone en cuestión justamente toda radicalidad –incluida aquella que absolutiza y universaliza prácticas y construcciones sociales. La historia de la práctica jurídica implica tesis –aun la historia de tesis críticas de las tesis, tan radicales como la risa de aquella muchacha tracia, observadora atenta, que con su risa ante la caída del Tales teorizador en un pozo marcó el nacimiento de la filosofía–; la caja de Pandora, sus redes, niveles, traducciones, sus espacios y mobiliario no podrían observarse sin tesis teóricas. Y su omisión arrojaría la tesis a los brazos francos de la filosofía espontánea, al realismo del sentido común propio del realismo hollywoodense, un sentido común curiosamente devenido extraño, extravagante en la tribu de los exploradores de cavernas/cajas. Tal apropiación de lo hylético, aunque quizás anhelable, tal vez haría obesa a la mirada unidimensional y la rendición a las cuentas de un fundacionalismo evidencial mostraría la flaqueza, la falta, la deuda teórica en una tesis que se autodisolvería como tal. ¿Acaso se pueda encontrar un camino ejemplar en la perspectiva wittgensteiniana de observar terapéuticamente los juegos de lenguaje de las cajas/tesis en las formas de vida, mostrando además que no vale la pena concebir y oponerse a tesis filosóficas? El camino de la tesis queda entonces como un acercamiento –a objetos, sujetos, conceptos, a redes, tecnologías y sentidos– desde *un* lado, y se orienta; se acerca ella, la tesis, en

su caminar de atenta observación e interrogación al mismo lugar desde *otro* lado, y se desorienta.

vi. En ese camino aparecen y parecen polaridades, se hace fecundo lo híbrido. ¿Cuán moderno aparece el mundo del derecho? Abierta la caja de su práctica, se lo observa como contra-moderno: el tiempo que despliega, jornada tras jornada, aparece como circular; el espacio que configura, es opaco, ritual, burocrático, propio del despacho. La dicotomía proceso- producto se corresponde con cierta, entonces, no modernidad (kafkiana) del derecho y, en su faz más luminosa, con una modernidad (weberiana) del derecho, y entonces la intervención etnográfica –esa metodología moderna, hija del “ego cogito” cartesiano y del “yo conquisto” cortesano (por, claro, Hernán Cortés) – puede dejar constancia de la ruptura con la crítica (acaso un paréntesis que ahora se ha cerrado) y de la inmersión en estudios “empíricos” del derecho. Pero para evitar que este camino conduzca a un callejón, la filosofía –tal vez las aproximaciones filosóficas del lógico y etnógrafo Wittgenstein y del archivista, arqueólogo y genealogista Michel Foucault, muestren aún un campo de trabajo, también para salir del callejón de la crítica hecho en base a prejuicios (como lo señala Bruno Latour en *La ciencia en acción*).

vii. ¿Por qué es más observable la conducta de los nambiquara que la de los “operadores” jurídicos? ¿Cómo se hace caja negra una práctica para los participantes?, ¿a partir del culto al resultado? Reconocidas aquellas dos caras de Juno (Latour), proceso y producto, se abre un horizonte para observar detalles en las esferas. “Dios está en los detalles” era el lema de Aby Warburg: los detalles del derecho aparecen, ahora, como desocultadores de la práctica jurídica y de la retórica que se monta alrededor de sus productos, esos objetos de la dogmática y la teoría jurídica. Un programa de investigación fecundo, el elegante minimalismo teórico, demanda sofisticación para sostener su mostrar y desplegar sus tesis austeras; sin grandilocuencia se dicen cosas relevantes, detalles de la caja, de la máquina y la industria del derecho, pero capaces de descentrar y complejizar retóricas asertivas frecuentemente reductivas en su análisis de la racionalidad o en la predicación de horizontes de justicia. Quizás por momentos se estabilice, en el espacio académico y por un breve lapso de tiempo, el péndulo del teoricismo y el descriptivismo, del empirismo y la abstracción, pero es probable que pueda seguir observándose la némesis en los enredos y rodeos de la teoría y la ob-

servación, en sus formas supervivientes y en el mirar a los lejos del tesista para traer lo cercano, en la tarea imitativa que nunca se consuma, que no acaba de realizar el anhelo mimético. Entre las escisiones y las mimesis, entre ajustes en los paradigmas, proyecciones y pruebas imponderables, entre la veracidad de la expresión de un hecho o un sentimiento, y los criterios que la distinguen del como si del fingir, se reconoce la maestría del tesista por la sutileza del tono teórico, por la suavidad de los trazos inscriptos, por la cautela en la escritura que remonta las imposibilidades hacia la palabra justa, esa justeza que exige vagar como un fantasma entre espectros, vagar como espectro entre expedientes. Pero ya, casi sin advertirlo, la tesis espejo de un campo devino lámpara.

viii. Hay un giro pragmático y se muestra en el alejamiento de los acentos en la sintaxis y semántica del derecho, en el ensamblaje de los contextos de producción y de justificación, en las controversias que escapan de la reducción. Atendiendo a los contextos de los textos, a los estilos de producción y los modelos de enunciación y recepción, a lo que articula forma de vida con reglas, se reconocen ceremonias, espacios teatrales en los cuales se domestican los peligros que se ciernen sobre el lazo social, también existencias ancladas en esas ceremonias y actos de individuación, en búsqueda de reconocimiento, en el tenso anonimato del montaje del derecho. La tesis aprehende la subjetivación de los funcionarios por lo que hacen –textos y documentos, expedientes–, por cómo los hacen, por cómo esas cosas los objetivan. La tesis, una ecología del derecho a partir de una ecología de los expedientes y las ceremonias escénicas, narra a los sujetos desde sus intervenciones en el expediente, muestra a los sujetos identificados con los textos que producen. Barrera se detiene en la práctica del papeleo, mostrando a las personas adoptando la forma de lo que hacen. Se detiene, suspende sus principios, advierte que hay más de un modelo de relación investigador e informante, de conexión entre el etnógrafo y los actores, y gira hacia la lateralidad, observa e interroga la rutina, la cocina en la que se materializa lo invisible, la intimidad en la que se forja una estética.

ix. El espacio, receptáculo, esfera, –Platón en *Timeo* llama *khôra* a la localidad, el lugar, el emplazamiento, a eso que no parece ser una cosa pero que da lugar a las cosas–. La tesis advierte la poética del espacio, la capacidad realizativa y la densidad del espacio vivido, el espacio de los actos y las

cosas, el espacio desde el que se levanta un álbum de metafísica concreta. Espacio de la tradición, del traslado de autoridad, espacio que presentifica el pasado, espacio que se hace de muebles, máquinas, papeles y subjetividades: espacio/expediente, polvo de acontecimientos. Hay espacios también para la innovación –las vocalías, acaso bocas imaginativas–. Y desde ese suelo se siguen las pistas de una red que moviliza el mundo con sus dispositivos, con sus instrucciones y lo traduce a escritura y lo folia en el expediente. Los modos de estar de los expedientes se entrecruzan con los modos que adopta la existencia humana en ese ahí, en el despacho de luz artificial, de-finido por muros, acotados por la presencia abrumadora de los expedientes, rodeados de aura de sacralidad. Desde allí se reciben “papeles”, la gravedad de lo recibido se uniformiza en el cargo, se persigue desde el comienzo el fin del expediente, se adoptan medidas de progreso, se muestra que su sentido se halla en el futuro. Las tareas están planificadas, domina la seriedad, los lugares se inscriben en los sujetos: ya la investigación aprendió a leer el espacio en el que se sirve a los expedientes, espacios que tiñen, contaminan, se irradian en quienes trabajan en la cadena de montaje. En ese laboratorio, el tiempo lineal cede ante la vivencia circular. Espacio que incide en los modos de pensar y de estar, espacio ex-tenso (que aplanar la singularidad), le priva de lo in-tenso (que alberga tensión). Ese espacio de actuaciones, escena dramática, mapa, acto y práctica cultural; fábrica, estructura, ritual, dispositivo disciplinario, tecnología literaria. Ese espacio, materializado en enunciados, muestra una episteme, una configuración de saber y, en ella, reluce ese mínimo epistemológico, la estética.

x. La tesis parte de la crisis. Desde el abismo, en el pozo tan profundo yace la verdad, pensaban Demócrito y Heidegger. Ante la crisis, que es crítica, juicio y criterio, se investiga cómo el saber jurídico se desoculta a través de formas, prácticas y sensibilidades. La expedición a los expedientes muestra cómo la materialidad de los expedientes incide en la configuración de subjetividades, afectividades, reconocimientos. Es una expedición al “almacén de ramos generales”, como Carlos Fayt caracteriza la dinámica de la Corte argentina, a la producción, circulación y almacenamiento de expedientes. En esos pasajes hay procesos de transformación en los cuales los hechos se hacen lenguaje controversial, se anexan, se ensamblan, se yuxtaponen a textos legales precedentes y se transforman, así el manifestarse de la rutina de los expedientes, el corrimiento del cielo de la dogmática a la práctica ordinaria.

xi. Almacenados, apilados, el espacio de los expedientes levanta torres de Babel. Imposible negar esa materialidad. Cornelia Vismann, en su libro *Files*, recuerda desde ese torrente de papeles oficiales cómo los expedientes controlan la formalización y diferenciación del derecho —claro, Cornelia recuerda a Luhmann—. Expedientes, entre la autoridad y la administración, más allá de la constitución y la política, cerca de la reglamentación administrativa de la vida, la estadística y los archivos estatales (siempre cercana, la obra de Michel Foucault acompaña a tantos tesisistas.) Hacer expedientes, prestación de la máquina jurídica, máquina que con engranajes de ficción y de literatura registra, ordena hasta su propia destrucción —aún bajo la tendencia a la desmaterización, los expedientes cuentan con una existencia propia y un modo también autónomo de cancelar su existir—. En su listar, clasificar, transferir, ejecutar, revocar y resolver intervienen sobre el tiempo. Lo controla y dispone de la duración presente del pasado. El expediente hace de red entre leyes y decisiones. Realiza una captura de las audiencias —la oralidad es capturada, reducida, almacenada; queda la escritura oficial, estética oficial.

xii. Sería posible, por fin, seguir la asociación de Vismann hasta cercar el nombre propio de la tesisista Barrera. Bar, barra de abogados, Bartleby, barman, bartender, operador, guardián del bar, barreras en la puerta de la ley, en el umbral que es aislamiento y acceso, indicio de un más allá que va mucho más allá del expediente, el cual por detrás tiene vacío. Detrás de una entrada, otra, y otra más ante ella. Las barreras necesitan ser operadas, como las entradas necesitan guardianes. De porteros a ministros, se administran misterios, se hacen y anulan borradores, se los cancelan y destruyen para que quede sólo el “original”, el expediente “auténtico”, en el cual quedan indicios de memos anteriores que, si es bien observado el expediente, se los pueden hallar en las copias y cancelaciones, en la archiescritura que sustituye la memoria al hacerla máquina. Bartleby, última máquina de escribir humana, duerme donde trabaja, en ese espacio donde reina la indistinción vivienda-oficina para los amanuenses. Las letras muertas de lo cotidiano enuncian un preferiría no hacerlo, esa fórmula florece haciendo rayas y cruzando barras. Vegetan los expedientes, circulan hasta que yacen en almacenamientos, almacenes de ramos generales y ramas tecnológicas que estructuran conocimientos. Hay dispositivos que trazan un dis-poner de la subjetividad. En esa funcionalización, en el fondo, tesis y expedientes, unos y otros oficiales de campo, adoptan, como señala Barrera, la forma de lo que hacen.

La *Revista Pensar en Derecho* convoca a docentes, profesores e investigadores a presentar artículos inéditos. Deben ser trabajos de investigación en el campo de las ciencias jurídicas o afines que respondan a criterios de relevancia social, innovación teórica, claridad conceptual, rigor metodológico y construcción de fuentes fiables.

La revista está animada por el propósito de generar un espacio de debate académico que permita dar a conocer cuáles son algunos de los principales temas de preocupación de la comunidad académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Proceso y criterios de selección de los artículos por pares

Los artículos serán seleccionados para su publicación a través de la modalidad de arbitraje por pares. Con ese fin, se aplicarán los siguientes criterios: a) originalidad del artículo; b) innovación en las reflexiones y propuestas; c) rigurosidad y coherencia académica; d) pertinencia en la articulación con otras áreas o disciplinas.

Estructura de los artículos

Los trabajos deberán adherirse a las pautas de publicación de la *Revista**. Todos los artículos deben ser enviados en formato electrónico a pensarenderecho@derecho.uba.ar

* disponibles en www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho